Die Preisgabe des Eigentums an beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

nebst dem Versuch einer Systematik der rechtswirksamen Tatsachen.

DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Ulrich Heinze
Gerichtsreferendar
aus Breslau.

BRESLAU 1930
HOCHSCHUL-VERLAG BRESLAU
Druck von Karl Vater :: Breslau 5 :: Siebenhufenerstraße Nr. 11/15

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Brose: Irrtum über den Inhalt der Erklärung, Gött. Diss., 1926.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl., 1911.

Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach Deutschem Bürgerlichen Recht. 1. Band: Das rechtswirksame Verhalten, 1903.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1. Band: Grundlagen, 1888; 2. Band: Die Wirksamkeit bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte, 1889.

Fink: Die rechtliche Natur der Aufgabe des Eigentums nach heutigem bürgerlichen Recht, Breslau, Diss., 1904.

Hellmann: Zur Lehre von der Willenserklärung nach Bürgerlichem Recht, IhJ. 42, 413.

Henle: Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung, 1910 (zit. Henle).

Isay: Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, 1899.

Isay: Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem BGB IhJ. 44, 43.

Hölder: Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung, IhJ. 55, 413.

Jacobi: Die Theorie der Willenserklärung, 1910.

Jacobsohn: Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, IhJ 56, 329.

Klein: Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, 1912.

Kluckhohn: Die Person des Anfechtungsgegners bei einer einseitigen nichtempfangsbedürftigen Willenserklärung, ArchZivPr., 113, 35.

Kohler: Studien über Mentalreservation und Simulation, IhJ. 16, 91.

Kohler: Noch einmal über Mentalreservation und Simulation, IhJ. 16, 352.

Leonhard: Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, 1. Teil: Vertragsbestandteile und Irrtum, 2. Aufl., 1907.

Lenel: Parteiabsicht und Rechtserfolg, IhJ 19, 154.

Liszt: Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, 1889.

Manigk: Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901, (zit. Rg.).
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907, (zit. WE).
Manigk: Irrtum und Auslegung, 1918 (zit. Irrtum).
Manigk: Artikel: „Rechtshandlungen" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, 4. Band, 1927.
Monich: Willenserklärung und Rechtsgeschäft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1900.
Ortlieb: Einigung und dinglicher Vertrag, 1904.
Rosenberg: Stellvertretung im Prozeß, 1908.
M. Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch, ArchZivPr. 93, 131.
Schloßmann: Zum Wirtshausrecht und zur Lehre von den herrenlosen Sachen, IhJ 49, 139.
Siegel: Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde, ArchZivPr. 111, 1.
Schmidt: Die Eigentumsaufgabe nach bürgerlichem Recht, Breslau, Diss., 1906.
Titze: Artikel: „Rechtsgeschäft" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft herausg. v. Stier-Somlo und Elster, 4. Band, 1927.
Walsmann: Der Verzicht, 1912.
Wlassak: Das Rechtsgeschäft und das Verhältnis des Willens zur Erklärung nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeine Oesterr. Gerichtszeitung, 1902, 53. Jahrgang, Nr. 9.
Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Teil, 1889; 2. Teil, 1890.
Zitelmann: Die juristische Willenserklärung, IhJ 16, 357.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. S. 1—5

I. Teil: Die rechtswirksamen Tatsachen und Handlungen „ 7—48

§ 1. Die rechtswirksamen Tatsachen i. e. S. „ 7—13

Tatbestand und Rechtsbegriff S. 7. — Wirksam und unwirksame Tatsachen S. 9. — Naturtatsachen S. 11. — Seelische Tatsachen S. 11. Juristische Tatsachen S. 12.

§ 2. Die rechtswirksamen Handlungen. „ 13—19

Rechtsmäßige und unrechtmäßige Handlungen S. 13. — Der Wille bei den rechtmäßigen Handlungen S. 16. — Die Rechtshandlungen S. 14. — Willensäußerungen und Realakte S. 18.

§ 3. Das Rechtsgeschäft. „ 20—30

Rechtsgeschäft und Rechtshandlung S. 20. — Begriff und Tatbestand des Rechtsgeschäfts S. 21. — Rechtsfolge und Grundfolgetheorie S. 22. — Nebenfolgen S. 25. — Unwirksamkeit und Erfolgswille S. 26. — Gesetz oder Parteiwille kausal? S. 27 — Übergang in den höheren Aggregatzustand? S. 28. — Einteilung der Rechtsgeschäfte S. 29.

§ 4. Die Willenserklärung. „ 30—48

Verhältnis zum Rechtsgeschäft S. 30. — Willenserklärung ohne Handlungswillen? S. 31. — Beziehung auf Dritte S. 32. — Fahrlässige Willenserklärung S. 32. — Sollenserklärung S. 37. — Erklärungswille S. 38. — Nicht-Rechtsgeschäft und nichtiges Rechtsgeschäft S. 43. — Empfangsbedürftigkeit S. 44. — Schlüssigkeit und Bestimmtheit S. 46. — Schematische Darstellung S. 48.

II. Teil: Die rechtliche Natur der Preisgabe des Eigentums an beweglichen Sachen und die Anwendung der Rechtsgeschäftsnormen auf sie. „ 49—65

§ 5. Die rechtliche Natur der Preisgabe. „ 49—55

Wesen S. 49. — Bedeutung der Besitzaufgabe S. 50. — Trennung von Erklärung und Besitzaufgabe? S. 50. — Unmittelbarer Besitz S. 54. — Besitzdienerschaft S. 55.

§ 6. Die Anwendung der Rechtsgeschäftsnormen auf die Preisgabe. „ 56—65

Geschäftsfähigkeit S. 56. — Geschäftsbeschränkung S. 56. — Verfügungsbeschränkung S. 57. — Nichtigkeit und Anfechtung S. 58. — Bedingung und Zeitbestimmung S. 63. — Stellvertretung und Vollmacht S. 64. — Einwilligung und Genehmigung S. 65.

Einleitung.

„Man muß bedauern, daß diese beiden Handlungen“ — Dereliktion und Okkupation — „bisher das gemeinsame Schicksal gehabt haben, heimatlos auf dem großen Gebiete des Rechts umhergeirrt zu sein, ohne irgendwo dauernde Aufnahme zu finden. Und es ist Zeit, daß sie nun zur Ruhe kommen“[1]). Vor fast dreißig Jahren ist diese Bemerkung gemacht worden, aber auch heute noch ist sie ebenso wahr wie damals. Viele andere Rechtsfragen sind heftig umstritten, von einigen wenigen kann man behaupten, daß sich noch keine „herrschende Meinung“ gebildet hat, aber wenige andere werden sich finden lassen, die eine solche Buntscheckigkeit der Meinungen aufweisen, wie die Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur der Preisgabe des Eigentums an beweglichen Sachen. Eine kurze Uebersicht möge dies deutlich machen:

Nach Kohler[2]) ist sie Rechtsgeschäft;

Biermann[3]) zweifelt: richtiger wohl nicht Rechtsgeschäft;

Cosack[4]): Rechtsgeschäft;

Endemann[5]): Verwirklichungsgeschäft, andererseits[6]) aber: Willenserklärung unter Hinzutritt einer realen Vollzugshandlung;

Enneccerus-Kipp-Wolff[7]): Rechtsgeschäft = Realakt + einseitige nichtempfangsbedürftige Erklärung;

v. Tuhr[8]): Willensbetätigung;

Siméon-David[9]): einseitiges nichtempfangsbedürftiges Rechtsgeschäft;

---

[1]) Manigk Rg. S. 24.

[2]) II § 87 S. 246.

[3]) Allg. T. § 45, 3 S. 139; Komm. § 959 Anm. 1 b, c S. 244.

[4]) II § 48 II 4 S. 187.

[5]) I § 61, 2 N. 3, Anm. 17, S. 281.

[6]) I § 62, 1 S. 283 f. und Anm. 14 S. 284. § 63 Anm. 13 S. 289.

[7]) I § 136 Anm. 9 S. 352; § 140 pr. S. 393; III § 78 II 1 a S. 234.

[8]) II 1 § 61 I 2 S. 405.

[9]) I 2 § 94 V 2.

Hedemann[10]): Rechtsgeschäft;
Lehmann[11]): Willensäußerung ohne Kundgebungszweck;
Fischer-Henle[12]): Rechtsgeschäft, unmittelbar mit der Herstellung eines entsprechenden tatsächlichen Zustandes verbunden (Realgeschäft);
Brodmann und Flad bei Planck[13]): Rechtsgeschäft, Willensbetätigung, erfordert aber keine Willenserklärung;
RGKomm: Willensbetätigung, nicht notwendig Willenserklärung[14]), andererseits: nicht empfangsbedürftige Willenserklärung[15]);
Kober und Riezler bei Staudinger[16]): einseitiges Rechtsgeschäft, nicht empfangsbedürftig, soweit es sich um das Aufgeben des unmittelbaren Besitzes handelt;
Soergel: Rechtshandlung[17]), andererseits: Rechtsgeschäft[18]);
Oertmann[19]): Willensäußerung, aber ohne Erklärung;
Crome[20]): Rechtsgeschäft;
Breit[21]): Willenserklärung und folglich Rechtsgeschäft;
Bruck[22]): den Rechtsgeschäften (gleich Willenserklärungen) koordinierte Kategorie, zutreffender wohl singuläre Ausnahme;
Eltzbacher[23]): keine Willenserklärung, sondern private Handlung ohne Aeußerungsgehalt;

---

[10]) § 15 I b S. 151.
[11]) § 24 IV 2 S. 130.
[12]) § 959 Anm. 3, S. 700; vor § 104, S. 58.
[13]) Planck-Brodmann § 959 Anm. 2 S. 438; Planck-Flad vor § 104, Anm. 2 a S. 235; Anm. 4 vor § 116 S. 268.
[14]) Anm. 1 zu § 959 S. 290.
[15]) Anm. 1 vor § 116 S. 152.
[16]) Staudinger-Kober Anm. 3 zu § 959 S. 540 f.; Staudinger-Riezler Anm. III 2 vor § 104 S. 402.
[17]) Anm. 1, zu § 105 S. 77.
[18]) Anm. 1 zu § 959 S. 1295.
[19]) Anm. 11 b vor § 104 S. 336 ff., nicht ganz klar, vgl. 2. und 3. Absatz.
[20]) § 414 Anm. 2 S. 314.
[21]) S. 264.
[22]) S. 175.
[23]) S. 210.

Hellmann[24]): Willensverwirklichung oder Verwirklichungsgeschäft;
Leonhard[25]): nicht mitteilungsbedürftiger Willensakt, einsamer Akt;
Manigk[26]): Rechtsgeschäft, aber keine Willenserklärung;
Schmidt[27]): Rechtsgeschäft;
Walsmann[28]): Rechtsgeschäft und Willenserklärung;
Hölder[29]): Willenserklärung;
Rümelin[30]): mindestens rechtsgeschäftlicher Akt;
Fink[31]): Rechtshandlung mit begehrter Rechtsfolge;
Jacobi[32]): unverläßliche Willenserklärung ohne Kundgebungszweck;
Wlassak[33]): Rechtsgeschäft;
Lenel[34]): Willensbetätigung.

Auch der Entwurf 1. Lesung von 1888 spricht in § 904 von Erklärung; dagegen verhalten sich Mot. III 371 und Prot. I 129 ungewiß, ob die Dereliktion ein Rechtsgeschäft sei. Prot. III 253 f. sprechen von der „erkennbaren Absicht", das Eigentum aufzugeben. In den späteren Fassungen wurde daher das Wort „Erklärung" durch „Absicht" ersetzt.

Diese Uebersicht erhebt durchaus keinen Anspruch auf Vollständigkeit; aber die verwirrende Fülle der gebrauchten Bezeichnungen, mehr noch die Tatsache, daß einige der bedeutendsten Verfasser unklare oder gar sich widersprechende

---

[24]) IhJ. 42 S. 442, 437.
[25]) Irrtum S. 68, eigentlich in Widerspruch mit seiner Rechtsgeschäftsdefinition, vgl. aber Allg. T. § 68 IV a S. 260: Erklärung an jeden beliebigen Finder.
[26]) Rg. S. 30 f.
[27]) S. 49.
[28]) S. 275.
[29]) IhJ. 55 S. 447 f.
[30]) ArchZivPr. 93 S. 181.
[31]) S. 30.
[32]) S. 78, 90 f.
[33]) S. 72.
[34]) IhJ. 36 S. 4

Ansichten vortragen, scheinen darauf hinzuweisen, daß der Grund hierfür nicht so sehr in einer schlechten Fassung des Gesetzes, als vielmehr in der Uneinigkeit über die Grundbegriffe zu suchen ist. Daß die Gegensätze sich gerade in den zweifelhaft gelagerten Grenzfällen, wie eben die Eigentumspreisgabe einer ist, entladen müssen, erscheint nicht mehr als natürlich. Nur so ist es auch zu erklären, daß Monographien über scheinbar ganz entfernt liegende Spezialfragen[35]) immer wieder zu den Grundbegriffen Stellung nehmen.

Der Aufbau der vorliegenden Abhandlung ist daher so gestaltet, daß in dem ersten Teil nach einer kurz gefaßten Gliederung der rechtswirksamen Tatsachen besonders die Begriffe des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung untersucht werden; der zweite Teil wird auf Grund der gefundenen Begriffsmerkmale die rechtliche Natur der Eigentumspreisgabe und die Anwendung der Rechtsgeschäftsnormen auf sie im einzelnen zu prüfen haben haben.

Es erschien angebracht, die Untersuchung auf die Preisgabe von beweglichen Sachen zu beschränken, da die von Grundstücken im Gesetz eine Sonderregelung erfahren hat, außerdem ihre rechtliche Natur als Willenserklärung einhellig anerkannt ist und die dabei auftretenden Streitfragen für die Wissenschaft nicht sehr bedeutungsvoll sind.

Eine kurze Begründung der für den Tatbestand des § 959 BGB gewählten Bezeichnung sei noch gestattet. Daß der gemeinrechtliche, fremdsprachliche Ausdruck „Derelikt" durch ein deutsches Wort ersetzt werden muß, bedarf wohl keiner besonderen Rechtfertigung, zumal es sich nicht um einen unersetzbaren Fachausdruck handelt. In der bisherigen Literatur fanden sich die Bezeichnungen: Eigentumsverzicht (in Anlehnung an das Gesetz), Eigentumsaufgabe, Eigentumspreisgabe, Abeignung[36]). Für die Wahl war das Bestreben maßgebend, einen Ausdruck zu finden, der sowohl

[35]) z. B. Binder, Rechtsstellung des Erben; Walsmann, Verzicht; Bülow, Geständnisrecht; Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß.
[36]) bei Kohler II § 87 S. 246.

für den Juristen klar und unzweideutig als auch für den Laien ohne weiteres verständlich ist. Der Kohler'sche Gedanke, die „Abeignung" in Gegensatz zur „Aneignung" zu stellen, ist zwar sprachlich richtig, erscheint aber nicht sehr zweckentsprechend: man ist unwillkürlich geneigt, an „Enteignung", ein rechtlich ganz fernliegendes Institut, zu denken. Gegen „Eigentumsaufgabe" spricht, daß auch die Uebereignung nach §§ 929 ff. BGB ein Aufgeben des Eigentums ist. Die übrigbleibenden beiden Bezeichnungen „Eigentumsverzicht" und „Eigentumspreisgabe" erscheinen fast gleichwertig; gegen erstere könnte man nur den Einwand erheben, sie stehe mit der juristischen Konstruktion insofern nicht in Einklang, als ein Verzicht zu Gunsten einer bestimmten bezw. unbestimmten Person als traditio bezw. traditio ad incertam personam angesehen wird[37]). Der aufgestellten Forderung entspricht wohl „Eigentumspreisgabe" oder kurz „Preisgabe" am besten: eine Verwechselung mit anderen Rechtsgebilden erscheint für den Juristen ausgeschlossen; in dem Laien erweckt sie sofort die Vorstellung, daß jede Beziehung zur Sache gelöst wird, ohne daß eine andere an ihre Stelle gesetzt wird, daß man mit der Sache nichts mehr zu tun haben will.

[37]) herrschende Meinung; a. A. allein Ortlieb S. 12 f.

I. Teil:
Die rechtswirksamen Tatsachen und Handlungen.

§ 1. Die rechtswirksamen Tatsachen im engeren Sinne.

Unter rechtswirksamen Tatsachen ist alles das zu verstehen, was, entweder für sich allein oder in Verbindung mit anderen, von der Rechtsordnung zur Voraussetzung für das Entstehen einer Rechtswirkung gemacht wird.[38]) Die Summe aller rechtswirksamen Tatsachen, die notwendig ist, um eine bestimmte Rechtsfolge zur Entstehung gelangen zu lassen, nennen wir Tatbestand[39]). Scharf davon zu unterscheiden ist der Begriff eines bestimmten Rechtsgebildes, der sich aus der Summe der einzelnen Begriffsmerkmale zusammensetzt. Tatbestand und Begriff decken sich demnach nicht, sondern verhalten sich wie zwei sich schneidende Kreise. Als Beispiel denken wir an einen nach § 138 BGB unwirksamen Kaufvertrag: die Begriffsmerkmale des Kaufes sind vorhanden, der Begriff des Kaufes also in concreto verwirklicht; trotzdem hat der Kaufvertrag als solcher[40]) keine Rechtsfolgen, weil nicht alle Tatbestandsmerkmale vorhanden sind; denn die Rechtsordnung verlangt, daß dieser Vertrag nicht gegen die guten Sitten verstößt. Daraus ergibt sich: zum Tatbestand gehören stets die Wirksamkeitsvoraussetzungen[41]), niemals aber zum Begriff eines Rechtsinstituts. In einem engeren Sinne wird vielfach der Ausdruck „Tatbestand" gebraucht, wenn man sagt, der Tatbestand des § . . verlange

[38]) Endemann I § 57, 1 S. 258; Enneccerus I § 127 II S. 327.
[39]) Enneccerus I § 127 I S. 327.
[40]) daß in demselben Sachverhalt die Merkmale einer unerlaubten Handlung gegeben sein können, ist eine Sache für sich.
[41]) vergleichbar mit den Bedingungen der Strafbarkeit im Strafrecht.

1..2..3..usw. Ein passendes Wort für die zu Grunde liegende Vorstellung scheint nicht gefunden zu sein, indessen ergibt gewöhnlich der Zusammenhang, in welchem Sinne das Wort verwandt wird.

Die Welt des Rechts ist eine andere als die Welt der Natur, nicht in dem Sinne, als ob sie nicht tatsächlich wäre (denn was Wirkungen äußert, besteht), sondern in dem Sinne, daß sie keine äußerlich unmittelbar wahrnehmbare Existenz führt[42]). „Die Rechtswirkung besteht vielmehr immer nur in dem aus zwei Prämissen folgenden Urteil, daß etwas nach Maßgabe des objektiven Rechts Rechtens sein solle"[43]). Von den beiden Untersätzen ist der eine hypothetisch[44]), der, wenn in concreto verwirklicht[45]), zu der Rechtswirkung durch logischen Schluß (Urteil) hinführt. Nicht richtig ist aber die Auffassung, als beschäftige sich die Rechtswissenschaft im Gegensatz zu der Tätigkeit des Richters nur mit dem hypothetischen Untersatz und dem sich daraus ergebenden hypothetischen Urteil. Wenn damit gesagt sein soll, daß die Subsumtionstätigkeit lediglich dem Richter zufalle, so lehrt ein Blick auf die wissenschaftliche Literatur das Gegenteil. Auch die Wissenschaft beschäftigt sich mit der Frage, ob ein bestimmter Sachverhalt einen bestimmten Tatbestand erfüllt oder nicht[46]). Der einzige Unterschied ist, daß der Richter den Sachverhalt wirklich vor sich hat, der Forscher ihn fingiert; in den Folgen besteht der Unterschied darin, daß ersterenfalls eine Rechtswirkung entsteht, anderenfalls nicht. Aber ein Unterschied in der Arbeitsweise ist dadurch keineswegs begründet; denn auch der Richter muß den wirklichen Sachverhalt in seine Vorstellung aufnehmen wie der Wissenschaftler den fingierten; die weitere gedankliche Verarbeitung ist dieselbe. Man

[42]) Manigk Rg. S. 9; v. Tuhr II 1 § 43 S. 3 f.

[43]) Manigk a. a. O., ebenso Brose Irrtum S. 8 f.; Zitelmann ArchZivPr. 99 S. 4; v. Tuhr II 1 § 43 S. 4 Anm. 4 a.

[44]) nach Eltzbacher S. 15: Bestandteil der Rechtsnorm.

[45]) nach Eltzbacher S. 16: Erscheinung des Rechtslebens.

[46]) z. B. das viel beschworene Beispiel von den Trierer Weinversteigerungen.

könnte etwa sagen, der Richter arbeite mit Tatbeständen, die Wissenschaft mit Begriffen in dem oben ausgeführten Sinne; die Unrichtigkeit dieses Einwandes ergibt sich schon daraus, daß eine Tätigkeit des Richters ohne Anwendung der ihm vom Gesetz oder von der Wissenschaft gegebenen Begriffe undenkbar ist und daß die Wissenschaft an der Klärung und dem Aufbau der Begriffe unter Zuhilfenahme von fingierten Sachverhalten stetig weiter arbeitet. Also: ein Unterschied in der Arbeitsweise ist nicht vorhanden, auf sie wirkt sich der Unterschied in den Zielen nicht aus.

Außer den rechtswirksamen Tatsachen muß es, wie sich durch einfachen Schluß ergibt, Tatsachen geben, an die sich keine Rechtswirkung knüpft. Den Grund dafür hat Zitelmann[47]) treffend zum Ausdruck gebracht: „Während in der Natur jede Tatsache ihre Wirkung hat, sucht sich das Recht eben weil es eine freie Schöpfung des Menschen ist, die Tatsachen bezw. Tatsachenkomplexe, an welche es Rechtswirkungen binden will, erst aus". Solche Tatsachen sind daher nicht als Gegensatz zu den rechtswirksamen Tatsachen aufzufassen, sondern als ein non existens für die Welt des Rechtes. Wie aber, wenn ein und dieselbe Tatsache bald eine rechtswirksame, bald ein rechtliches non existens ist? Das Aufziehen einer Fahne z. B. ist bedeutungslos, kann aber zu einer rechtswirksamen Tatsache werden, wenn es die vereinbarte Annahme einer Offerte ist. Eine ein für alle Mal feststehende Antwort läßt sich darauf natürlich nicht geben; es ergibt sich nur, daß die Frage, ob eine Tatsache rechtswirksam ist oder nicht, nicht absolut, sondern nur relativ unter Beziehung auf einen bestimmten Tatbestand oder eine Zielsetzung anderer Art zu lösen ist. Für die Gliederung der rechtswirksamen Tatsachen kommen nur die in dem Gesetz unmittelbar enthaltenen in Betracht, andere wie eben das Aufziehen der Fahne als Akzeptation beruhen auf Vertrag und sind auf den Typus „Willenserklärung" zurückzuführen.

[47]) Irrtum S. 206.

Rechtswirksame Tatsachen können sein entweder Handlungen von Menschen oder sonstige Tatsachen[48]) [49]). Unter den letzteren kann man verschiedene Gruppen unterscheiden, indessen ist eine allzueingehende Einteilung ohne praktischen Nutzen; denn fast immer rufen sie nur in Verbindung mit anderen Tatsachen[50]). insbesondere Rechtsgeschäften die Rechtswirkung hervor. Im ersten Falle, ist die erzeugte Rechtswirkung allzuverschiedenartig, um sie einheitlichen Rechtssätzen unterwerfen zu können, im zweiten Falle wird die Rechtswirkung in weitgehendem Maße durch die Verbindung mit dem Rechtsgeschäft bestimmt; so muß z. B. in § 617 außer der Erkrankung ein wirksamer Dienstvertrag vorhanden sein. Der Wert einer Gliederung beruht nicht ausschließlich darauf, daß sie die einheitliche Anwendung gewisser Rechtsnormen auf bestimmte Gruppen ermöglichen soll[51]), sondern sie erfüllt ihren Zweck schon dann, wenn sie eine Gruppe von Tatsachen den anderen als andersartige gegenüberstellt[52]). Man muß doch z. B. das Unterlassen des Widerspruchs (§ 912 BGB)[53]) als Tatsache von dem Unterlassen als Handlung[54]) streng unterscheiden, auch ohne daß in Bezug auf ersteres gemeinsame Rechtssätze aufzufinden sind.

[48]) nicht „Geschehnisse", wie RGKomm. Anm. 1 vor § 104 S. 133 meint, denn diese sind den „Ereignissen" (v. Tuhr II 1 § 43 II S. 8) gleichartig, umfassen aber nicht die „Zustände".

[49]) vgl. ALR. Einleitung § 82: „Die Rechte des Menschen entstehen ..... durch Handlungen oder Begebenheiten, mit welchen die Gesetze eine bestimmte Wirkung verbunden haben."

[50]) so insbesondere für die seelischen Tatsachen Eltzbacher S. 234, gilt aber ebenso für die anderen Gruppen der rechtswirksamen Tatsachen.

[51]) Enneccerus I § 128 II S. 328; § 127 Anm. 7 S. 327.

[52]) Manigk Rechtshandlungen S. 668, zwar nur für die Handlungen, gilt aber auch für die Tatsachen.

[53]) v. Tuhr II 1 § 48 IV S. 122 f.

[54]) v. Tuhr II 1 § 43 II S. 9 f.

Die erste Gruppe der rechtswirksamen Tatsachen bilden die Naturtatsachen[55]), das sind solche, bei denen es lediglich auf ihr Vorhandensein ankommt, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch menschliche Handlungen oder durch Naturgewalten herbeigeführt sind[56]). In diesem rein negativen Kriterium liegt ihr Wesen, nicht etwa darin, daß sie, wie man aus dem Namen schließen könnte, durch Naturgewalten herbeigeführt sind. Hierher gehören z. B. die Geburt § 1[57]), die Erkrankung § 617, der Tod eines Menschen, § 1922, der Zeitablauf §§ 2, 195[58]), das Vernichten einer Sache, insoweit als es den Untergang des Eigentums zur Folge hat, das Unterlassen des Widerspruchs in § 912 (s. o.), der Eigentumserwerb durch Trennung von Erzeugnissen § 953 ff., Verbindung und Vermischung § 946—48. Dagegen muß man wohl das „Einpflanzen" in § 94 eher als menschliche Handlung ansehen; denn wenn eine Pflanze durch den Sturm auf ein Grundstück geweht wird, darf das Recht des bisherigen Eigentümers nicht eher erlöschen, als bis die Pflanze, wie im gemeinen Recht, Wurzel gefaßt hat, denn erst dann ist sie „mit dem Grund und Boden fest verbunden".

Die zweite Gruppe bilden die seelischen Tatsachen[59]), das sind solche rein inneren Tatsachen des Verstandes- oder Gefühlslebens, die nicht zu einer Handlung führen oder zu führen brauchen. Daß sie keine Rechtswirkung haben kön-

---

[55]) Eltzbacher S. 207; Endemann I § 57, 1 S. 259; § 61, 2 S. 280 f.; Klein S. 9 f.; nach v. Tuhr II 1 § 43 II S. 8; § 48 II 1 c S. 112 f. und Planck-Flad Anm. I vor § 104 S. 221: objektive Tatsachen; nach Kohler § 79 S. 231 f.: alogische Elemente des Rechtslebens.

[56]) Eltzbacher S. 221; Klein a. a. O.; Manigk WE. S. 652 f.; Enneccerus I § 128 Anm. 1 S. 328; v. Tuhr a. a. O.

[57]) daß diese naturgesetzlich durch Zeugung, also ein menschliches Handeln, bedingt ist, ändert hier nichts; es kommt nur auf die Tatsache als solche an.

[58]) v. Tuhr II 1 § 43 II S. 9.

[59]) Eltzbacher S. 231 ff.; Enneccerus I § 127 II S. 237; Oertmann, Anm. 1 vor § 104 S. 316; v. Tuhr II 1 § 43 II S. 7 f.

nen, ist ein längst überwundener Irrtum[60]). Wenn sie nicht zu einer Handlung geführt haben, ist der Beweis für ihr Vorhandensein natürlich schwierig, aber nicht unmöglich, z. B. durch Eideszuschiebung. Als Beispiele sind zu nennen: die Kenntnis der Mentalreservation § 116 S. 2, des Grundes der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit § 122, der Täuschung § 123, der Nichtigkeit der Ehe § 1344, der Beendigung der elterlichen Gewalt § 1682, sogar der „Wille“[61]) des Geschäftsherrn, § 683.

Eltzbacher[62]) will die seelischen Tatsachen mit den Rechtshandlungen unter den gemeinsamen Begriff des rechtswirksamen Verhaltens zusammenfassen. Unter Verhalten kann man aber eine rein innere Tatsache nicht mehr verstehen, mindestens denkt man dabei an ein gewolltes Nicht-Tun, die Zusammenstellung erscheint also sowohl terminologisch wie sachlich unglücklich, letzteres insofern als die innere Tatsache mit dem Handeln vermengt wird. Selbst wenn sie zu einer Handlung führt, wird sie dadurch noch nicht zu einer Rechtshandlung, weil sich die Rechtsfolge nicht an das Handeln, sondern an die innere Tatsache knüpft, das Handeln also als unwesentlich außer Betracht bleibt.

Als dritte und letzte Gruppe sind die „juristischen Tatsachen“ zu erwähnen[63]), das sind solche, die als fertiges Rechtsprodukt in einer anderen Gesetzesvorschrift wieder Verwendung finden[64]), z. B. die Geschäftsfähigkeit, das Ei-

[60]) Bülow S. 65; Eltzbacher a. a. O. Manigk WE. S. 601 f. v. Tuhr a. a. O.

[61]) hier ist der rein innere, nicht zu einem Handeln führende „Wille“ gemeint, Bülow S. 65; Eltzbacher S. 244.

[62]) S. 82 f.

[63]) daß die Bezeichnung nur eine Uebertragung des Ausdrucks „rechtswirksame Tatsachen“ darstellt möge verziehen werden. Ein anderer passender Ausdruck scheint nicht vorhanden zu sein; außerdem mußten die rechtswirksamen Tatsachen schon in solche in engerem und in weiterem Sinne geteilt werden.

[64]) s. auch Eltzbacher S. 73 unten; Enneccerus I § 127 I S. 326; a. A. scheinbar v. Tuhr II 1 § 43 S. 9. Man wird z. B. das Eigentum doch wohl als Tatsache für sich auffassen müssen, nicht nur als Ergebnis der es erzeugenden Tatsachen; andernfalls müßte man

gentum des Mieters an den eingebrachten Sachen § 559. Ob diese Tatsache dem bürgerlichen Recht oder einem anderen Rechtskreis entstammt, ist gleichgültig. Deshalb zählt hierher auch z. B. das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils § 283, die Volljährigkeitserklärung § 3, der Eintritt der Rechtshängigkeit § 292. Es kommt bei dieser Gruppe nur darauf an, daß die Tatsache wirksam vorhanden ist, auf auf welche Weise sie wirksam geworden ist, ist bedeutungslos. Es erübrigt sich daher, wie Eltzbacher[65]) eine besondere Gruppe des amtlichen Verhaltens aufzustellen[66]). Es handelt sich ja nicht darum, ein System der rechtswirksamen Tatsachen des gesamten deutschen Rechts aufzustellen, sondern nur ein solches für das Zivilrecht. Das BGB sieht dies „amtliche Verhalten" aber nicht unter dem Gesichtspunkt des Entstehens, sondern als fertigen Akt, also als „Tatsache" an. Gegen Eltzbacher, der konsequent auch die Gattung der „amtlichen Willenserklärungen" bildet, spricht auch die Tatsache, daß das BGB unter Willenserklärungen nur Privatwillenserklärungen, nicht auch solche von Behörden versteht[67]).

§ 2. Die rechtswirksamen Handlungen.

Eine weit wichtigere Stellung als die rechtswirksamen Tatsachen i. e. S. nehmen die rechtswirksamen Handlungen ein. Ihr Unterschied gegenüber den Tatsachen besteht darin, daß diese isoliert als einzelne, jede für sich, aufgefaßt werden, während bei den Handlungen eine äußere Tatsache,

---

ebensoviel Arten von, wenn auch inhaltlich gleichartigem Eigentum unterscheiden als Entstehungsarten möglich sind.

[65]) S. 248 ff.

[66]) so auch Soergel Anm. I vor § 104 S. 75; v. Tuhr II 1 § 48 I S. 104; scheinbar auch RGKomm. Anm. I vor § 104 S. 147 (Privatwillenserklärung); Staudiner-Riezler Anm. III 1 vor § 104 S. 401; Siméon-David § 24 I 1 S. 174; Dernburg § 107 II 3 S. 331.

[67]) Enneccerus § 136 A 5 S. 354; Lehmann § 24 V S. 133.

der Erfolg, zu einer inneren seelischen Tatsache in untrennbare funktionelle Beziehung gebracht wird, vergleichbar dem Verhältnis von Atom zu Molekül in der Physik. Voraussetzung des Handlungsbegriffes ist der Mensch, der einen äußeren Erfolg herbeiführt oder verhindert; die Verursachung des Erfolges durch Zufall, Naturkräfte oder auch durch Tiere genügt hier nicht. Fehlt eine der beiden sich auf einander beziehenden Tatsachen, so ist eine Handlung nicht gegeben. Deshalb ist die „Willenserklärung" eines Bewußtlosen, § 105 II, keine Handlung, ebensowenig wie eine durch unmittelbare körperliche Gewalt (vis absoluta) erzwungene Armbewegung (Unterschrift!)[68]). Die Rechtsordnung kann zu dem menschlichen Handeln in zweifacher Weise Stellung nehmen: sie kann es erlauben oder verbieten. Daraus ergibt sich die Unterscheidung von rechtmäßigen und unrechtmäßigen oder unerlaubten Handlungen[69]). Bei den rechtmäßigen Handlungen sagt das Gesetz: Es steht dir frei, ob du dies tun willst; tust du es, so knüpfe ich jene Rechtsfolge daran[70]). Bei den unerlaubten Handlungen aber: Ich verbiete dir, dies zu tun; tust du es trotzdem, so versage ich die Rechtswirkung[71]), oder, falls aus irgendwelchen anderen Gründen tatsächliche[72]) oder rechtliche[73]) Folgen doch eintreten, hast du diese Folgen soweit wie möglich rückgängig zu machen[74]). Welche Rechtsfolgen das Gesetz bei letzteren an die Zuwiderhandlung knüpft, ist unerheblich, jedenfalls geht der Einwand fehl, daß aus rechtmäßigen wie unrechtmäßigen Handlungen unter Umständen gleiche Rechts-

---

[68]) v. Tuhr II 1 § 48 I S. 103 f., s. insbesondere Anm. 2.

[69]) Planck-Flad Anm. I vor § 104 S. 222; v. Tuhr II 1 § 48 I S. 105; Fink S. 9.

[70]) Handlungen, an welche sich keine Rechtsfolge knüpft, z. B. Spazierengehen, bleiben als non existens für die Welt des Rechts außer Betracht; s. o. S. 9.

[71]) z. B. § 138.

[72]) z. B. beim Diebstahl: Besitz-, aber kein Eigentumsverlust.

[73]) z. B. Eigentumsübergang bei arglistiger Täuschung.

[74]) Verpflichtung zum Schadensersatz: grundsätzlich Naturalrestitution.

folgen, z. B. die Verpflichtung zum Schadensersatz, entstehen können, denn aus einer Gleichheit der Folgen kann noch nicht auf eine Gleichheit im Wesen geschlossen werden. Die Schadensersatzpflicht spielt außer bei den unerlaubten Handlungen auch bei den höheren Formen der erlaubten Handlungen, den Rechtsgeschäften, eine große Rolle, stellt hier aber nur eine andere Form der Erfüllung, ein Ausgleich für die Nichteinhaltung der übernommenen Verpflichtungen dar[75]). Deshalb ist auch die Nichterfüllung einer Verpflichtung an sich noch keine unerlaubte Handlung[76]).

Bei den unerlaubten Handlungen verstößt der äußere Erfolg wider die Rechtsordnung, er ist widerrechtlich; hierin liegt das objektive Merkmal. Das Gesetz verbietet den widerrechtlichen Erfolg aber nicht als isolierte Einzeltatsache[77]), sondern nur insoweit er sich auf einen Entstehungspunkt zurückführen läßt, auf den sie eine Motivationsmöglichkeit besitzt, nämlich auf das menschliche Handeln, soweit es vorausgesehen oder voraussehbar den rechtswidrigen Erfolg verursachen konnte. Danach unterscheidet man als Unterarten der Schuld, des subjektiven Merkmals, Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Der Begriff der Schuld ist gar nicht anders denkbar als eine Beziehung des Subjekts auf das objektive Merkmal der Rechtswidrigkeit. Schuldhafte, aber rechtmäßige Handlungen

---

[75]) Ebbecke Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen im Unterschiede von rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verpflichtun- S. 20 f.

[76]) RGZ. 53, 201; 87, 309; 89, 342; Fischer-Henle Anm. vor § 823 S. 373. Vgl. auch dazu RGZ. 88, 317, 433; 89, 385; 90, 68, 410; 87, 309; Fischer-Henle a. a. O.; Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung 1905, S. 165; a. A. Mot. II 727. Zur Systematik Lehmann § 20 V 2 b S. 118; Enneccerus I § 128 III 4 b): die Verwirkung ist doch nur Folge, nicht selbst unerlaubte Handlung; hier zeigt sich die Folge des Fehlers, auf die Rechtsfolgen, statt auf den Rechtsgrund abzustellen.

[77]) und wenn sie es täte, müßte das Verbot wirkungslos sein; denn auf Naturgesetze hat sie keinen Einfluß.

wären ein Widerspruch in sich selbst. Da bei den erlaubten Handlungen das Merkmal der Widerrechtlichkeit fehlt, läßt sich der Schuldbegriff bei ihnen nicht aufstellen; denn „Schuld" ist, wie eben gezeigt, keine konstante Größe, sondern eine variable Funktion zweier anderer Größen. Als wichtigste Folgerung ergibt sich aber daraus:

> Es ist unzulässig, den Begriff der Schuld in irgend einer Form in die Lehre von den rechtmäßigen Handlungen einzuführen und zu verwenden.

Welche auch praktisch wichtigen Folgen aus diesem Satz entstehen können, wird sich bei der Frage der fahrlässigen Willenserklärungen ergeben.

Bei den rechtmäßigen Handlungen muß der äußere Erfolg stets auf einem inneren Wollen beruhen. Was ist unter diesem Wollen zu verstehen? Das Nächstliegende wäre, sich bei der Psychologie Rat zu holen; indessen ist diese Wissenschaft sich selbst über den Willensbegriff noch nicht einig, einen Gegenstand heftigen Streites bildet das „unbewußte Wollen". Der Jurist wüßte also gar nicht, welcher der sich bekämpfenden Ansichten er sich zuwenden sollte. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß die Psychologie andere Ziele verfolgt als die Rechtswissenschaft, daß es letzterer unbenommen bleiben muß, mit einem weniger komplizierten, für ihre Zwecke brauchbareren Willensbegriff zu arbeiten.

Wie oben ausgeführt, ist der Wille untrennbar mit dem äußeren Erfolge verbunden, sofern überhaupt noch eine Handlung vorliegt. Der Erfolg tritt nicht auf Grund des bloßen Gedankens ein, sondern verlangt ein Tätigwerden[78]); ein Begehren, das nicht zum Tun drängt, können wir nicht mehr als Wille bezeichnen, sondern nur als Wunsch, wenn auch nicht im Sinne der Psychologie, so doch in dem der Rechtsordnung[79]). „Vollendeter Wille und Tat sind derselbe Vorgang, von zwei Seiten aus betrachtet; der Wille ist die innere Seite der Tat, die Tat die Verkörperung des Wil-

[78]) zum folgenden insbesondere Henle S. 120 f.; Eltzbacher S. 83; v. Tuhr II 1 § 49 I S. 123 f.; Monich S. 24.

[79]) Liszt S. 17 f.

lens“[80]). Der durch das Tätigwerden herbeigeführte Erfolg wird aber in den meisten Fällen nicht um seiner selbst willen begehrt, sondern soll seinerseits eine Kausalitätsreihe in Bewegung setzen, die den eigentlich gewünschten Enderfolg verwirklichen soll. Unabhängig davon, ob letzterer erreicht wird oder nicht, kann der Fall eintreten, daß der unmittelbare Erfolg nur mit Widerstreben in Kauf genommen wird, weil der gewünschte entferntere Erfolg nicht anders erreicht werden kann. Für die Sprache des täglichen Lebens erscheint es seltsam, daß in diesem Falle auch der unerwünschte unmittelbare Erfolg als „gewollt“ bezeichnet wird; indessen muß dieser Nachteil wohl oder übel in Kauf genommen werden, wenn wir nicht mit einer unsicheren Terminologie arbeiten wollen, die die Gefahr eines Durcheinanderwerfens der Begriffe mit sich führt. In diesem Sinne ist also der Wille zum unmittelbaren Erfolg gleichbedeutend mit dem Bewußtsein, daß das Tätigwerden (worunter natürlich auch das Unterlassen zu verstehen ist) den unmittelbaren Erfolg verursachen werde. Er wird unmittelbarer oder Handlungs-, von Kohler[81]) Ausführungswille genannt. Streng davon zu unterscheiden ist das auf den entfernteren Erfolg gerichtete Begehren, das man mit Geschäftswillen, oder auch, da es als Motiv für den unmittelbaren Willen wirkt, mit Absicht bezeichnen kann.

Die rechtmäßigen Handlungen zerfallen in die Rechtsgeschäfte (s. § 4) und die Rechtshandlungen. Nach den Motiven I 126 sind es solche Handlungen, „an welche Rechtswirkungen sich anschließen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob dieselben von dem Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind“. Allgemeine Vorschriften hat das BGB nur für die Rechtsgeschäfte und die unerlaubten Handlungen aufgestellt, aber absichtlich nicht für die Rechtshandlungen, da ihr Gebiet damals zu wenig durchforscht war. Die Lücke sollte durch analoge Anwen-

[80]) v. Tuhr a. a. O.
[81]) Kohler § 226.

dung der Rechtsgeschäftsnormen ausgefüllt werden; inwieweit diese zulässig sei, sollte der Rechtsfortbildung durch Wissenschaft und Praxis anheimgegeben werden[82]).

Bei den Rechtshandlungen knüpft das Gesetz die Rechtswirkung an das Vorliegen der Handlung, ohne auf den zu Grunde liegenden Willen Rücksicht zu nehmen. Als Wille kommt hier natürlich nur der Geschäftswille in Betracht, da der unmittelbare Wille sich in der Handlung erschöpft. Wenn der Geschäftswille sich gelegentlich auch einmal auf die Rechtswirkung richten sollte, so ist das unbeachtlich, da dieser Umstand nicht begriffsnotwendig ist. In anderer Hinsicht aber ist eine Beziehung zwischen Geschäftswillen und Rechtswirkung von Bedeutung, nämlich nicht in Bezug auf seinen Inhalt, sondern hinsichtlich seiner Eigenschaft. Die tatsächliche Willensfähigkeit, auf Naturgesetzen beruhend, kann die Rechtsordnung niemandem nehmen, sie ist aber nicht gehindert, an den Willen als Voraussetzung von Rechtswirkungen besondere Anforderungen zu stellen. Von dieser Möglichkeit hat sie in den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit Gebrauch gemacht, um zu verhindern, daß bestimmte Personenklassen, von denen ein vernunftgemäßes Handeln nicht zu erwarten ist, sich selbst oder andere schädigen. Wenn nun diese Vorschriften sich auch zunächst nur auf Rechtsgeschäfte beziehen, so trifft der rechtspolitische Zweck auch auf zahlreiche Rechtshandlungen zu. Eine Uebersicht über das große Gebiet der Rechtshandlungen[83]) läßt zwei Gruppen deutlich hervortreten: bei der einen legt das Gesetz das Schwergewicht auf den herbeigeführten unmittelbaren Erfolg (z. B. Komponieren, Verarbeitung, das Einbringen von Sachen in § 559); bei der anderen ist der Geschäftswille (Absicht) das Ausschlaggebende, (z. B. die Aufforderung zur Genehmigung von Rechtsgeschäften, der Widerspruch in § 912, die Mahnung). An Bezeichnungen für diese beiden allgemein anerkannten Hauptgruppen ist kein

---

[82]) Mot. I 127; Prot. I 55, 130; Zitelmann Rg. S. 19; Wlassak S. 72.

[83]) zahlreiche Beispiele bei Enneccerus I § 128 III 2, v. Tuhr III § 48 II S. 106 ff.

Mangel; da das Gesetz schweigt, verwendet fast jeder Verfasser eigens erdachte Ausdrücke, gegen die sich meist keine schwerwiegenden Einwendungen machen lassen. Bedenken erweckt nur Eltzbacher's „unmaßgebliches Verhalten"[84]). v. Tuhr[85]) wendet dagegen mit Recht ein: „Dieser Ausdruck ist irreführend, da man im gewöhnlichen Sprachgebrauch unter unmaßgeblich soviel wie wirkungslos versteht", und vom gewöhnlichen Sprachgebrauch sollte man nur der Not gehorchend abweichen. Um die Sprachverwirrung nicht noch zu vergrößern, seien die beiden genannten Gruppen mit „Willensäußerungen" und „Realakten"[86]) bezeichnet. Unter die Willensäußerungen fallen auch die Mitteilungen, Gefühlsäußerungen, Anzeigen usw., denn auch sie entspringen einem zu Grunde liegenden Willen. Das darf nicht übersehen werden, auch wenn ein Gefühl, eine Vorstellung u. a. das Motiv des Handelns bildet. Auf die Willensäußerungen finden die Rechtsgeschäftsnormen im allgemeinen analoge Anwendung[87]), auf die Realakte nicht. Ohne praktischen Nutzen erscheint es aber, noch weitere Gruppen und Untergruppen zu bilden[88]); denn gerade bei analoger Anwendung von Rechtsnormen muß in jedem einzelnen Falle geprüft werden, ob die Voraussetzungen dafür gegeben sind. Durch eine Gliederung bis in die kleinste Einzelheit wird dieser Zwang auch nicht beseitigt, weil die Rechtshandlungen in sich so verschiedenartig sind, daß wohl von dem größten Teil jede einzelne eine Gruppe für sich bilden müßte.

---

[84]) Eltzbacher S. 121.

[85]) v. Tuhr II 1 § 48 S. 107 Anm. 25; auch Oertmann Anm. 1 vor § 104 S. 316.

[86]) nach Enneccerus § 128 III 2, wenn auch nicht genau übereinstimmend; vgl. den folgenden Text.

[87]) wegen Zulässigkeit der Analogie vgl. Manigk WE. S. 4, 564; Jacobi § 1 S. 1; Leonhard Irrtum S. 124.

[88]) s. insbesondere den reichhaltigen Katalog bei Eltzbacher S. 124.

§ 3. Das Rechtsgeschäft.

Unter den Willensäußerungen hat eine Gruppe von Handlungen in der Wissenschaft wie im Gesetz selbst besondere Bedeutung gefunden, die Rechtsgeschäfte. Da sie lediglich einen Unterfall der Willensäußerungen bilden, müssen die Rechtsgeschäfte die bisher gefundenen Begriffsmerkmale derselben enthalten, also den Handlungswillen, dessen Eigenart zu untersuchen sein wird. In einer schematischen Aufstellung der rechtswirksamen Tatsachen müßten die Rechtsgeschäfte als Untergruppe der Willensäußerungen erscheinen, indessen ist es wegen ihrer überragenden Wichtigkeit wohl angebracht, sie als Hauptgruppe für sich herauszuheben, und wenn man sich ihrer engen Verbindung bewußt bleibt, ist ein Nachteil davon nicht zu befürchten.

Das Wort „Rechtsgeschäft" ist erstmalig 1807 von Heise in seinem „Grundriß" gebraucht worden, seinem heutigen Sinn hat ihm erst Savigny[89]) gegeben. Als Gesetzesausdruck übernahm ihn das Sächsische Gesetzbuch von 1863 in § 88, in dem sein Inhalt gleichzeitig gesetzlich festgelegt wurde. Das BGB verwendet ihn außer in zahlreichen Paragraphen als Ueberschrift des 3. Abschnitts des Ersten Buches; es sah aber von einer Legaldefinition ab, um unbesonnenes, unzulässiges Generalisieren zu vermeiden[90]). Die nähere Umgrenzung seines Inhalts sollte der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen bleiben.

Die Rechtsordnung hat zwei Möglichkeiten, zu dem rechtmäßigen menschlichen Handlungen Stellung zu nehmen, sie kann wie ein despotischer Tyrann Rechtswirkungen daran knüpfen, ohne im geringsten auf die Absichten des Menschen Rücksicht zu nehmen; dies ist der Fall bei den Rechtshandlungen. Sie kann aber auch ihre Macht dem Menschen zu Verfügung stellen, um ihm die Möglichkeit zu geben, seine Rechtsverhältnisse nach seinen Wünschen zu ordnen. Das Privatrecht, das nicht das Verhältnis des einzelnen zum Staat, sondern das der einzelnen zu einander re-

[89]) Savigny System Band III S. 5 f.
[90]) Wlassak S. 72.

gelt, kann und darf diese Möglichkeit in weitgehendem Maße zulassen. Das juristisch-technische Mittel bietet sich dem Gesetze darin, daß es in den hypothetischen Untersatz, auf dem sich die Rechtsfolge aufbaut, nicht nur eine bestimmte Handlung, sondern geradezu einen bestimmt gearteten Willen aufnimmt und diesen Willen zu der Rechtsfolge in Beziehung setzt. „Unter den vielen möglichen Einteilungen wird gewiß diejenige die zweckmäßigste sein, welche sich auf eine innere Beziehung zwischen Handlung und Rechtsfolge stützt“[91]). Auf dieser Beziehung zwischen dem der Handlung zu Grunde liegenden Geschäftswillen und dem Rechtserfolg beruht das Wesen des Rechtsgeschäfts. Worin diese Beziehung besteht, ist jetzt leicht ersichtlich, nämlich darin, daß die Rechtsfolge durch den Geschäftswillen bestimmt wird, oder wie die Motive I, 126 es ausdrücken: in dem „rechtlichen Erfolg, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist“.

„Rechtsgeschäft“ ist die Sammelbezeichnung für eine Anzahl gleichartiger Tatbestände, aber selbst kein Tatbestand. Es gibt einen Tatbestand des Kaufes, der Miete, der Uebereignung, der Ehe, des Testaments, aber keinen Tatbestand des Rechtsgeschäfts. „Rechtsgeschäft“ ist ein Begriff und enthält die Merkmale, die den bezeichneten Tatbeständen gemeinsam sein müssen. Als solche sind bisher festgestellt eine Handlung, der Geschäftswille und eine Beziehung zwischen Geschäftswillen und Rechtserfolg. Letzteres wird von Breit[92]) geleugnet. Der Begriff des Rechtsgeschäfts sei möglichst weit zu fassen, „Sache der Wissenschaft wird es alsdann sein, die verschiedenen Arten der Rechtsgeschäfte zu unterscheiden“. Dagegen ist einzuwenden, daß bei einer solchen Auffassung nur der Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung verwischt wird. Auch bei letzteren gibt es einen Geschäftswillen (Absicht); der begriffliche

---

[91]) vgl. Zitelmann Irrtum S. 276.

[92]) S. 143; ähnlich auch Kohler I § 217 S. 486 f.; § 226 S. 504 f. der die Rechtsgeschäfte geradezu mit Rechtshandlungen bezeichnet.

Unterschied zu den Rechtsgeschäften besteht doch gerade darin, daß bei diesen der Erfolg weitgehend durch den Willen bestimmt wird, bei den Rechtshandlungen aber gerade nicht. Außerdem: eine nähere Untersuchung wird dadurch auch nicht erspart, denn jetzt müßten die Begriffsmerkmale der verschiedenen Klassen der Rechtsgeschäfte erforscht werden. Welcher Vorteil darin liegen soll, ist nicht einzusehen; nur der Nachteil steht fest, daß die bisherige begrifflich scharfe Trennung zwischen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung ins Unkenntliche verwischt wird.

Ebensowenig scheint es richtig, wie Fink[93]) eine Gruppe von „Rechtshandlungen mit begehrter Rechtsfolge" zu bilden; denn wird die Rechtsfolge durch den Geschäftswillen bestimmt, dann gehören sie zu den Rechtsgeschäften, andernfalls zu den Rechtshandlungen. Allerdings wird er durch seine Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts, das er auf die Wahrnehmungsbedürftigkeit abstellt[94]), mittelbar dazu gezwungen, wenn er den aussichtslosen Ausweg, die Preisgabe den Rechtshandlungen zuzuweisen, vermeiden will.

Wenn die Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts den Zweck haben soll, über die rechtliche Bedeutung eines zweifelhaften Verhaltens Aufschluß zu geben[95]), müssen auch die einzelnen Begriffsmerkmale ihrem Inhalte nach geklärt sein. Ueber Handlung, Handlungswille und äußeren Erfolg gilt das bei den Rechtshandlungen Gesagte. Einer näheren Untersuchung bedarf aber noch der Geschäftswille und seine Beziehung zum Rechtserfolg.

„Das Rechtsgeschäft ist das der Privatperson von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Mittel zu freier, beliebiger Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse"[96]). Die Privatperson pflegt aber das Rechtsgeschäft nicht um des Rechtsgeschäftes willen abzuschließen, sondern sie will irgend

---

[93]) S. 23.

[94]) darüber s. § 4.

[95]) Breit S. 93.

[96]) Lehmann § 24 I S. 126; ebenso v. Tuhr II 1 § 48 II 1 b S. 106; Henle S. 354; Enneccerus Rg. I S. 76; Zitelmann Irrtum S. 234.

welche wirtschaftlichen, politischen, gesellschaftlichen, usw. Ziele dadurch erreichen. Daraus ist der Satz abgeleitet worden, der Geschäftswille brauche sich nicht auf einen Rechtserfolg richten,, es genüge, die Richtung auf einen wirtschaftlichen etc. Erfolg[97]) (Grundfolgetheorie). Dem ist entgegenzuhalten, daß es zahlreiche Fälle gibt, in denen keine rechtliche Bindung erzielt werden soll, sei es, daß dies ausdrücklich vereinbart wird, sei es, daß dies aus den Umständen hervorgeht. Es genügt keineswegs, daß die Parteien „eine Bindung überhaupt"[98]) wollen, etwa eine solche moralischer, gesellschaftlicher Art, wenn die Bindung nicht auch gleichzeitig als rechtliche beabsichtigt war, wie z. B. eine Einladung zum Mittagessen unter Freunden, oder wenn jemand einem Bekannten die Wiederherstellung eines beschädigten Gegenstandes verspricht, aber ausdrücklich bemerkt, er wolle keine rechtliche Verpflichtung übernehmen. „Die Parteien sprechen von zarten Banden des Gewissens, die ihre Beziehungen regeln sollen — und mit mächtigem Krachen bricht der Rechtszwang herein!"[99]). Es kann doch gar nicht bestritten werden, daß in solchen Fällen eine moralische, gesellschaftliche usw. Bindung vorliegt, aber keine rechtliche. Nach der Grundfolgetheorie führt aber jede außerrechtliche Bindung gleichzeitig eine rechtliche herbei — ein unhaltbares Ergebnis! Sie versagt aber auch in den Fällen, in denen der wirtschaftliche Erfolg ein anderer ist, als der rechtliche, z. B. bei den fiduziarischen Geschäften, ferner in den Fällen der nichttypischen Geschäfte. Wieso bei letzteren die Rechtsfolgetheorie versagen soll[100]), ist nicht ersichtlich; gerade die Grundfolgetheorie ist es, die auf die Frage, warum einmal ein Rechtserfolg eintritt, das andere Mal die moralische Bindung nicht rechtlich gesichert

[97]) Danz S. 7 ff., 82 ff.; Lenel IhJ. 18, 189; 19, 166; Kohler IhJ. 18, 134; Breit S. 129; neuestens Brose Irrtum S. 29 (der der Grundfolgetheorie zuzurechnen ist, trotzdem er sie ausdrücklich ablehnen will).

[98]) Brose Irrtum S. 31.

[99]) Henle S. 279.

[100]) Brose Irrtum S. 30.

ist, keine Antwort geben kann. Es ist richtig, daß die Rechtsfolgeabsicht, bald stärker, bald schwächer hervortritt neben anderen außerrechtlichen Absichten[101]), aber niemals fehlt sie ganz, und wenn sie fehlt, dann liegt eben ein Rechtsgeschäft nicht mehr vor, sondern ein außerrechtliches Geschäft. Andererseits darf man von den Parteien auch nicht verlangen, daß sie das vorzunehmende Rechtsgeschäft zergliedern in ein wirtschaftliches und ein rechtliches Geschäft; das kann vorkommen (fiduziarisches Geschäft), ist aber meistens nicht der Fall. Der Handelnde, will das wirtschaftliche Geschäft als rechtlich gesichertes, er will den praktischen Erfolg rechtlich geschützt wissen; deshalb braucht man aber noch keine klare juristische Vorstellung zu verlangen, keinesfalls ist die Kenntnis der juristischen Konstruktion erforderlich[102]). Der von Brose[103]) aufgestellte „soziologische Erfolgswille" bringt uns ebenfalls nicht weiter; er ist lediglich ein zusammenfassender Ausdruck für die „Vielheit der psychischen Motivationen", ohne aber die für das Rechtsgeschäft wesentliche rechtliche Seite des Willens aus der Masse der übrigen Willensrichtungen hervorzuheben. Psychologisch wäre die Grundfolgetheorie vielleicht dadurch zu erklären, daß man bei dem „Rechts"erfolg nicht wie in unserem Sinne an eine rechtliche Bindung, sondern zu sehr an „Gericht" und „Klagbarkeit" gedacht hat; nun wird es doch in der Regel niemandem einfallen, solche Geschäfte abzuschließen, bei denen er von vornherein weiß, daß er sein Recht erst bei den Gerichten durchsetzen muß. Diesem Irrtum sind auch einige Anhänger der Rechtsfolgetheorie erlegen, so z. B. Manigk[104]), der behauptet, daß bei gewohnheitsmäßig vorgenommenen Geschäften die rechtlichen Folgen nicht mehr ins Bewußtsein des Handelnden treten. Ab-

---

[101]) z. B. auf der einen Seite die Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, auf der anderen etwa die Frage nach der zweckmäßigsten Rechtsform einer Handelsgesellschaft.

[102]) Enneccerus I § 136 A 1 b S. 351; derselbe Rg. S. 18; RGKomm. Anm. 1 vor § 104 S. 133; Henle S. 289.

[103]) ArchZivPr. 130, 200.

[104]) Manigk Rg S.. 28.

gesehen von der heiklen Frage des „Unbewußten Willens“ ist das Gegenteil davon richtig; die Rechtsfolgerichtung des Willens kommt als selbstverständlich[105]) nicht besonders zum Ausdruck, sondern ergibt sich aus den Umständen. Sie kann gelegentlich in dem nachherigen Verhalten besonders deutlich werden, z. B. wenn der Verkäufer dem Käufer die übergebene Sache zu entreißen versucht. Man wird also an der Rechtsfolgerichtung des Willens festhalten müssen[106]).

Gegen die hier vertretene Meinung ist noch der Einwand erhoben worden, daß neben den gewollten Folgen auch andere eintreten, die dem Handelnden gar nicht bekannt oder gar zuwider gewesen wären[107]). Die Behauptung aber, daß Geschäftswille und Rechtsfolge durchaus kongruent sein müßten, ist noch nie aufgestellt worden; es genügt, daß beides im wesentlichen übereinstimmt. Erforderlich ist nur eine auf die grundsätzliche Eigenart des Rechtsgeschäfts gerichtete Absicht, deren Inhalt dem Handelnden auf Grund seiner Lebenserfahrung wohl bekannt ist[108]). Die Nebenfolgen des Rechtsgeschäfts werden von der Rechtsordnung durch ergänzende Rechtssätze (jus dispositivum) festgesetzt, die automatisch wirksam werden, wenn von den Parteien nichts anderes vereinbart wird[109]). Diese denken nur an den normalen Verlauf der Dinge; es wäre zu viel verlangt, von ihnen eine Regelung auch solcher, vielleicht ganz fernliegender Punkte zu erwarten, an die sie normalerweise nicht zu denken brauchten. Die Rechtsordnung greift in den gewoll-

---

[105]) Walsmann S. 153.

[106]) Manigk Irrtum S. 103; Dernburg § 107 II 2 S. 330; Biermann § 44, 1 S. 129; v. Tuhr II 1 § 50 VI S. 168 f.; Zitelmann Rg. I S. 28 f.; Enneccerus I § 136 A 1 S. 350; Walsmann S. 154; Eltzbacher S. 150; RGZ. 68, 324.

[107]) Kohler IhJ. 16 S. 329—31.

[108]) Oertmann Anm. 3 c vor § 116 S. 376; Henle S. 295 ff.; Biermann § 44, 1 S. 129; Dernburg I § 107 II S. 331; Enneccerus I § 136 A 1 b S. 350; derselbe Rg. S. 18; Eltzbacher S. 150; Monich S. 24; Planck-Flad Anm. 1 a vor § 104 S. 222; Manigk Irrtum S. 29; Zitelmann IhJ. 16, 396.

[109]) Endemann I § 57 Anm. 13 S. 260.

ten Geschäftstypus insoweit ein, als sie ihm diejenige Ausgestaltung gibt, die sich in jahrhundertlanger Uebung als die brauchbarste erwiesen hat. Das Gesetz geht davon aus, daß die Parteien es besonders zum Ausdruck bringen werden, wenn ihnen eine Nebenfolge im konkreten Falle so bedeutungsvoll erscheint, daß sie sie abweichend vom Gesetz regeln wollen. Von der gemeinrechtlichen Wissenschaft wurde dieser Vorgang noch als tacita conventio aufgefaßt, während er heute richtiger als rein gesetzliche Wirkung bestimmt wird[120]). Als wichtige praktische Folgerung ergibt sich daraus, daß bei einem Irrtum über die gesetzlichen Folgen die Anfechtung ausgeschlossen ist[111]).

Wie steht es aber mit der Beziehung zwischen Geschäftswille und Rechtserfolg, wenn die Rechtsordnung dem Rechtsgeschäft die Wirkung versagt? Wenn ein solches dann nicht vorliegt, falls der Geschäftswille fehlt, weil dann die Beziehung nicht herzustellen ist, müßte man eigentlich dasselbe behaupten, wenn die Rechtsfolge fehlt. Indessen ist dieser Umkehrschluß trügerisch. Denn fehlt der Wille, so fehlt die Beziehung und damit der eine Vergleichsmaßstab, der Wille kann nicht fingiert werden. Die Rechtsfolge kann aber trotz vorhandenen Willens ausbleiben, weil sie eine Folge des Tatbestandes ist, nämlich wenn ein Tatbestandsmerkmal (Wirksamkeitsvoraussetzung), das kein Begriffsmerkmal des Rechtsgeschäftes ist, fehlt, z. B. im Fall eines nach § 313 unwirksamen Grundstückskaufes. In diesem Falle weiß ich, welches die Rechtsfolge sein würde, wenn sämtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen vorhanden wären, und kann so die Beziehung herstellen. Die verschiedene Behandlung beruht auf dem oben gezeigten Unterschied zwischen Tatbestand und Begriff[112]). Wir fassen das Rechts-

[110]) v. Tuhr II 1 § 50 Anm. 129 S. 165.

[111]) Staudinger-Riezler Einleitung vor § 104, II 5 c S. 400; Breit S. 138; v. Tuhr II 1 § 67 I 2 S. 574; RGZ. 51, 281; 57, 273; 88, 284.

[112]) vgl. auch Oertmann Anm. 6 a vor § 104 S. 320 (mit abweichender Terminologie); Zitelmann Rg. I S. 30 f.; Begriffserfordernis und objektive Voraussetzungen der Wirksamkeit.

geschäft nicht als Tatbestand, sondern als Begriff auf. Anders Manigk und Zitelmann[113]), die folgerichtig auch den Eintritt der Rechtsfolge für notwendig halten. Dagegen ist einzuwenden, daß es einen Tatbestand, in unserem Sinne, des Rechtsgeschäfts in abstracto gar nicht gibt; faßt man dagegen die Merkmale, die allen Rechtsgeschäften in concreto eigen sind, unter dem Ausdruck „Rechtsgeschäft" zusammen, so haben wir damit schon gar nicht mehr einen Tatbestand, sondern einen Begriff. Daß die Rechtsfolgen auch wirklich eintreten, ist für den Begriff des Rechtsgeschäfts nicht erforderlich[114]); so auch RGZ 68, 324: zu dem Begriff des Rechtsgeschäftes gehöre nicht eine gesetzliche Vorschrift, welche die Verwirklichung des bezweckten Erfolges zulasse; dagegen dürfe die auf eine Rechtswirkung gerichtete Absicht niemals fehlen.

Aus dieser Bedeutung des Willensmoments für das Rechtsgeschäft ist die Streitfrage entstanden, ob für die Rechtswirkung der Wille oder das Gesetz kausal sei. Welchen Nutzen die Lösung dieser Frage haben soll, ist nicht recht einzusehen[115]); denn ob die Entscheidung in dieser oder jener Richtung fällt, irgend welche weiteren Schlußfolgerungen, die für die Lehre vom Rechtsgescähft von Wert sein könnten, lassen sich daraus nicht ziehen. Daß der Privatwille allein rechtserzeugende Kraft hat, ist wohl ernsthaft noch nie behauptet worden[116]), und wo es vielleicht den Anschein hatte, ist das Vorhandensein der Rechtsordnung als selbstverständlich vorausgesetzt. Treffend sagt Breit:[117]) „Das Gesetz sanktioniert nicht sowohl den Parteiwillen, sondern es sanktioniert den Tatbestand, und den Partei-

---

[113]) Manigk Rg. S. 90; Zitelmann Irrtum S. 286, 301, ferner S. 287: „sehr bequemer und schwer entbehrlicher Sprachgebrauch".

[114]) Breit S. 127.

[115]) Oertmann Anm. 3 a vor § 104 S. 317.

[116]) vgl. Henle S. 341 Anm. 3.

[117]) Manigk Rg. S. 153; derselbe WE. S. 560; derselbe Irrtum S. 263; Jacobi S. 90 Anm. 1; scheinbar auch Planck-Flad Anm. 4 vor § 116 S. 267.

willen nur eben als einen Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes. . . . . Gesetz und Tatbestand sind die Ursachen aller Rechtswirkungen".

Zum Schluß dieses Abschnitts ist noch die Frage zu prüfen, ob eine Rechtshandlung dadurch, daß der Geschäftswille auf die vom Gesetz bestimmte Rechtswirkung gerichtet wird, zu einem Rechtsgeschäft werden kann. Man denke z. B. an den Fall, daß ein Jurist seinem Vertragsgegner eine Mahnung übersendet, nicht um ihn, wie im Normalfalle, dadurch zur Leistung zu veranlassen, sondern in der Absicht, ihn in Verzug zu setzen, weil der Verzug mit einer hohen Vertragsstrafe bedroht ist. Die Frage ist zu verneinen[118]). Zwei Gründe sprechen dagegen.

Gliederungen, welcher Wissenschaft sie auch immer dienen mögen, können ihren Zweck, das formlose Chaos in einen reich gegliederten, übersichtlichen Aufbau zu verwandeln, nur erfüllen, wenn sie mittels eines festen Maßstabes das Gleichartige zusammenstellen und vom Ungleichartigen trennen. Was gleichartig ist, kann aber immer nur aus den wesentlichen Eigenschaften entnommen werden, nicht aus irgend welchen zufälligen begleitenden Merkmalen. Bei den Rechtshandlungen ist aber der Geschäftswille gleichgültig; das Gesetz knüpft bei ihnen die Rechtsfolge an die Handlung ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegende Absicht. Daraus folgt, daß der Geschäftswille unwesentliches Merkmal ist und für die Zuteilung eines bestimmten Sachverhalts in eine Gruppe der Gliederung außer Betracht bleibt, m. a. W. eine Rechtshandlung kann niemals in „den höheren Aggregatzustand des Rechtsgeschäfts" übergehen, wie Manigk sich ausdrückt. Ferner: könnte eine Rechtshandlung durch hinzutretenden spezifierten Geschäftswillen zum Rechtsgeschäft werden, so müßten die für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften Anwendung finden. So würde z. B. die Zustimmung zum Ehebruche, wenn Rechtsgeschäft geworden, nach § 134 nichtig sein und damit die vom Ge-

[118]) Fink S. 29 f., Anm. 95; Klein S. 20.

setz bezeichnete Folgen nicht herbeiführen können. Ein solch unannehmbares Ergebnis beweist wohl am schlagendsten die Unmöglichkeit jener Meinung.

Eine Einteilung der Rechtsgeschäfte kann im Hinblick auf ihren Zweck oder Inhalt vorgenommen werden in: abstrakte und kausale, unter Lebenden und von Todes wegen, Verpflichtungen und Verfügungen, lukrative und onerose, personenrechtliche und vermögensrechtliche, ferner schuldrechtliche, dingliche, familien- und erbrechtliche; jedoch scheint diese, für andere Zwecke wohl brauchbare Gliederung für eine Einteilung der rechtswirksamen Tatsachen nicht so zweckmäßig wie die nach der Zahl der handelnden Rechtssubjekte, weil die verschiedene Behandlung der einzelnen Typen nur dadurch erklärt wird. Demgemäß rechtfertigt sich die Scheidung in einseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte; bei ersteren ist begrifflich erforderlich nur das Handeln e i n e r Person, bei letzteren müssen mehrere bewußt und gewollt zusammenwirken. Man darf aber die einseitigen Rechtsgeschäfte nicht in Gegensatz zu den Verträgen oder zweiseitigen Rechtsgeschäfte bringen[119]), denn die Verträge bilden nur einen Teil, wenn auch den wichtigsten, der mehrseitigen Rechtsgeschäfte. Zu diesen gehören weiter die Gesamtakte (z. B. Vereinsgründung) und die Beschlüsse (z. B. Beschluß der Vereinsmitglieder auf Aenderung der Satzung). Es kommt nicht darauf an, daß im konkreten Falle zur Herbeiführung der Rechtswirkung mehr als eine Person handeln muß; sondern nur auf das begriffliche Erfordernis. Wenn also zur Kündigung eines Minderjährigen die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, bei Gesamtschuldverhältnissen die Kündigung durch alle erforderlich ist, gehört die Kündigung trotzdem zu den einseitigen Rechtsgeschäften[120]). Die Gesamtakte setzen ein paral-

[119]) wie Enneccerus I § 137; Oertmann Anm. 4 a vor § 104 S. 318; Siméon-David I § 24 II 1 S. 176; richtig Lehmann § 25 S. 134 ff.; v. Tuhr II 1 § 53 II S. 220.

[120]) Lehmann § 25 I 2 b S. 153 versteht unter „Gesamtakt" etwas anderes, nämlich das was v. Tuhr II 1 § 53 III S. 230 besser mit „gemeinsamen Rechtsgeschäften" bezeichnet.

leles Handeln aller Beteiligten voraus, und haben unmittelbare Wirksamkeit nach außen, die Beschlüsse haben das Bestehen eines Gesamtaktes zur Voraussetzung, erfordern das parallele Handeln nur eines bestimmten Bruchteiles aller Beteiligten und wirken unmittelbar nur nach innen.

§ 4. Die Willenserklärung.

Im 2. Titel des dritten Abschnitts behandelt das BGB die „Willenserklärung". Im vorhergehenden ist nur von „Rechtsgeschäft" gesprochen worden, einerseits um das Wesen des Rechtsgeschäfts im Gegensatz zu den Rechtshandlungen zu klären, andererseits um schon durch den sprachlichen Ausdruck eine Vermengung verschiedener Vorstellungen zu vermeiden, die unwillkürlich mit dem Ausdruck „Willenserklärung" sich verbinden. Im folgenden ist das Verhältnis des Rechtsgeschäftes zur Willenserklärung festzustellen und der Begriff der Willenserklärung näher zu untersuchen.

Die Motive zum BGB I 126 sagen hierüber: „Die Ausdrücke Willenserklärung und Rechtsgeschäft sind der Regel nach als gleichbedeutend gebraucht. Der erstere Ausdruck ist namentlich da gewählt, wo die Willensäußerung als solche im Vordergrund steht, oder wo zugleich der Fall getroffen werden soll, daß eine Willenserklärung nur als Bestandteil eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes in Frage kommt". (Der Ausdruck „Tatbestand" ist hier in dem oben S. 11 erwähnten zweiten angeren Sinne gebraucht nämlich als Summe der Merkmale einer Rechtsnorm). Die herrschende Meinung sieht die Willenserklärung als wesentlichen Be-

standteil des Rechtsgeschäfts an[121]); „ohne sie ist kein Rechtsgeschäft denkbar“[122]). Willenserklärung und Rechtsgeschäft sind nicht völlig kongruent; zur Willenserklärung können je nach Inhalt der einzelnen Rechtsnorm hinzutreten einzelne oder mehrere rechtswirksame Tatsachen oder Rechtshandlungen; an Bedeutung treten diese aber weit hinter der Willenserklärung zurück, sodaß es verständlich erscheint, wenn beide Ausdrücke bunt durcheinander verwandt werden; ein Nachteil ist davon auch nicht zu befürchten, da das Schicksal der Willenserklärung das des Rechtsgeschäfts mitbestimmt[123]). Beide sind nur in dem seltenen Falle kongruent, wenn die Willenserklärung einziges Tatbestandsmerkmal des Rechtsgeschäfts ist[124]), z. B. bei der Kündigung.

Wenn die Willenserklärung wesentlicher Bestandteil des Rechtsgeschäfts ist, muß sie auch die wesentlichen Mermale desselben enthalten, also eine Handlung, die sich aus Handlungswillen und äußerem Erfolg zusammensetzt, und den Geschäftswillen. Da der Geschäftswille den Rechtserfolg bestimmt, kann man ihn auch mit Erfolgswillen bezeichnen, um diese Beziehung besser zum Ausdruck zu bringen. Der durch den Handlungswillen bewirkte äußere Erfolg ist eben die Erklärung, nicht etwa muß die Erklärung zu einer Handlung hinzutreten. Daraus folgt, daß eine „Erklärung“ ohne Handlungswillen weder Erklärung noch überhaupt Handlung ist. Dem scheint § 105 II BGB zu widersprechen, indem es von einer „Willenserklärung“ eines Bewußtlosen spricht. Es wäre denkbar, daß das Gesetz jeden Sachverhalt als Willenserklärung ansieht, der nach außen hin

---

[121]) v. Tuhr II 1 § 52 II S. 194; Enneccerus I § 136 I S. 349; Endemann § 60 Anm. 10 S. 273; Lehmann § 24 III S. 129; Biermann Allg. Teil § 44, 9 S. 136 f.; Planck-Flad Anm. 1 vor § 104 S. 222; Soergel Anm. 1 vor § 104 S. 222; Staudinger-Riezler Anm. II 4 vor § 104 S. 398; Eltzbacher S. 122; Monich S. 4 Bruck S. 121 Anm. 2; Breit S. 113.

[122]) RGKomm. Anm. 4 vor § 104 S. 133.

[123]) z. B. § 105 I; sonst hätte das Gesetz sagen müssen: Das „Rechtsgeschäft“ eines Geschäftsunfähigen ist nichtig.

[124]) Enneccerus § 136 I S. 349; Bruck S. 121 Anm. 2.

den Anschein einer solchen erweckt[125]). Daß das Gesetz nicht dieser Auffassung ist, wird sich später noch deutlicher erweisen, sie steht auch in Widerspruch mit der Bestimmung der Erklärung als einer Handlung. Ungewollte (im Sinne des Handlungswillens) Willenserklärungen gibt es also nicht. Die Fassung des § 105 dürfte sich, wie Henle[126]) m. E. überzeugend nachgewiesen hat, aus einer ungenauen Vorstellung des Gesetzgebers erklären: er ist von einem rohen, unbehauenen Begriff des Handlungswillens ausgegangen; die „Willenserklärung" des § 105 fällt einfach zu Boden und findet weiter keine Berücksichtigung mehr, anders als in den §§ 116 ff., bei denen jede Undeutlichkeit schwerwiegende Folgen haben muß; „Der Gesetzgeber treibt keine Psychologie. . . . Für ihn kommt es allein darauf an, daß der Laie unter Umständen bei Körperbewegungen des Bewußtlosen . . . auf den Gedanken kommen kann, der Bewegung liege ein Handlungswille zu Grunde. Das genügt für einen Gesetzgeber, der seinen Begriff der Willenserklärung auf den Handlungswillen gegründet hat, vollkommen, um die Nichtigkeit einer solchen Willenserklärung auszusprechen."

Man könnte auch einwenden, aus Gründen der Verkehrssicherheit sollte auch ein solches Verhalten als Willenserklärung betrachtet werden, von dem der Handelnde sich bei einiger Aufmerksamkeit hätte sagen müssen, daß ein Dritter es so auffassen würde[127]). Dieser an den Begriff der Fahrlässigkeit anknüpfende Gedanke ist schon oben abgelehnt worden. Es ist aber noch zu prüfen, ob nicht das Gesetz für die Willenserklärung eine Ausnahme in dieser Richtung gemacht hat. Das BGB hat es nicht getan, eine in dieser Richtung zielende Vorschrift im 1. Entwurf ist wieder gestrichen worden[128]). Für die Gültigkeit der Willenserklärung selbst bei vorsätzlichem Handeln bietet nur § 116, S. 1,

---

[125]) diese radikale Ansicht wird scheinbar nur von Danz (vgl. S. 6—14) vertreten, sonst mit Recht abgelehnt. Neuestens aber der erhebliche Widerspruch bei Manigk Irrtum S. 108 f.

[126]) Henle S. 153 f.

[127]) Jacobi S. 50.

[128]) 1. Entwurf § 97, 99.

einen Anhaltspunkt, dessen Bedeutung durch S. 2, sofort wieder aufgehoben wird. Wie § 117 lehrt, führt selbst bewußte Täuschung nicht zur Gültigkeit der Willenserklärung, sonst müßte die Erklärung wenigstens dem zu täuschenden Dritten gültig sein; in § 123 gar ist dem Getäuschten nur ein Anfechtungsrecht gegeben. Wenn schon die vorsätzliche Schuld eine so geringe Wirkung auf die Entstehung der Willenserklärung hat, kann man dies noch weniger von der fahrlässigen erwarten. Das ergibt sich aus § 118; A macht z. B. in Scherzabsicht, aber grobfahrlässig, eine Offerte, die B. akzeptiert. Trotzdem ist kein gültiges Rechtsgeschäft zustandegekommen, wie man annehmen müßte, wenn man den Fahrlässigkeitsgedanken folgerichtig vertritt. B. hat auch nur in dem Falle einen Ersatzanspruch aus § 123, wenn er die Nichternstlichkeit nicht erkennen konnte. Denselben Standpunkt vertrat auch die 2. Kommission: „Es sei eine Anomalie, eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung im Falle grober Fahrlässigkeit des Erklärenden als gültig zu behandeln[129]). Aehnlich Zitelmann: „Aber selbst wenn man ... den Schuldgedanken aufrecht erhalten wollte, man käme doch nimmermehr zur Haftung auf den Sinn der Erklärung. Denn vorhandene Schuld kann mich nach allgemeinen Grundsätzen immer nur verpflichten, den eingetretenen Schaden zu ersetzen“[130]). Mit Recht sagt auch Liszt: „Nicht die Fahrlässigkeit an sich, sondern die fahrlässige Rechtsverletzung interessiert die Rechtsordnung“[131]), denn durch die Willenserklärung sollen erst Rechte entstehen; erst mit ihrer Vollendung sind Rechte vorhanden, die verletzt werden können. Man muß nun nicht etwa glauben, daß der fahrlässig Handelnde dadurch besser gestellt sei[132]), es ist schon richtig, daß man seine Handlungen so gegen sich gelten lassen

---

[129]) Prot. I 99.

[130]) Zitelmann IhJ. 16, 417; ähnlich Siegel ArchZivPr.. 111 16; ferner das „theoretische Monstrum der fahrlässigen Willenserklärung“ bei Manigk WE. S. 186; auch Endemann I § 73 Anm. 9 S. 363.

[131]) Liszt S. 16.

[132]) s. die treffende Bemerkung Henle's S. 401 letzter Absatz.

muß, wie sie von der Verkehrssitte aufgefaßt werden[133]), nur darf man diesen Satz nicht als dogmatischen, das Wesen der Willenserklärung bestimmenden, auffassen, sondern als prozessualischen, die Beweislast regelnden. Und jetzt beginnen erst die Scherereien für den Fahrlässigen, der nun beweisen muß, was er nicht gegen sich gelten lassen will. Einen Vertrauensschutz kennt das BGB nicht in dem Ausmaße, wie es von manchen dargestellt wird. Es sind immer nur Ausnahmen von dem allgemeinen Prinzip[134]). Das Vertrauen wird nicht als solches geschützt, sondern nur wenn es eine sachliche Grundlage hat, wobei das BGB allerdings diese Fälle gegenüber dem gemeinen Recht erheblich erweitert hat.[135]).

Das objektive Merkmal, der äußere Schein einer Erklärung versagt also; wir müssen uns notgedrungen wieder auf die innere Seite der Erklärung zurückziehen und ein subjektives Merkmal zu finden suchen.

Es ist der Versuch gemacht worden, den Begriff der Willenserklärung aus dem Sprachgebrauch festzustellen: Willenserklärung heiße seinen Willen erklären, erklären bedeute soviel wie jemandem etwas klar machen[136]). Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß man aus dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens noch nichts für einen wissenschaftlichen Begriff folgern darf; das gilt nicht nur für die Rechtswissenschaft, sondern für alle Wissenschaften. Im täglichen Leben verbindet man mit den Worten einen mehr oder weniger klaren, oft gefühlsmäßig gefärbten Vorstellungsinhalt; die Wissenschaften haben mit inhaltlich scharf zugespitzten Ausdrücken als ihrem Handwerkszeug zu tun. Es ist durchaus möglich, daß ein Wort durch die Wissenschaft einen anderen Inhalt erhält als den des täglichen Lebens, z. B. hat „Wille" eine verschiedene Bedeutung im gewöhnlichen Sprachgebrauch, in der Rechtswissenschaft, in der Psycho-

[133]) z. B. 95, 124; speziell zu § 118 auch Endemann I § 73 Anm. 7 S. 362.

[134]) Zitelmann Rg. S. 82.

[135]) im einzelnen vgl. Lehmann § 23 S. 121 ff.

[136]) Hellmann IhJ. 42 S. 418, 429.

logie. Wie unzuverlässig der Sprachgebrauch als juristisches Erkenntnismittel ist, geht daraus ohne weiteres hervor. Man kann doch auch etwas erklären, ohne einem anderen etwas klar machen zu wollen[137]).

Von anderen Verfassern ist das Wesen der Willenserklärung in der Beziehung auf die Rechtssphäre anderer gesucht worden. Am weitesten ist hierbei Hellmann gegangen, der unter Willenserklärungen nur diejenigen Aeußerungen versteht, die sich an einen bestimmten Adressaten oder eine Behörde richten[138]). Außerdem scheint er auch noch die tatsächliche Durchführung eines Rechtes zu verlangen: wenn aber die Preisgabe einer Sache, von der niemand etwas erfährt und die Sache daraufhin von den Erben vindiziert wird, praktisch wirkungslos bleibt, so hat die Verwirklichung eines Rechtes doch nichts mit der Frage zu tun, an welche Voraussetzungen das Gesetz seine Entstehung knüpft. Andere[139]) finden das Wesen der Willenserklärung darin, daß sie zur Wahrnehmung durch andere Menschen bestimmt sein soll oder daß sie das Mittel ist, bei einem anderen die Vorstellung zu erwecken, daß sich der Erklärende rechtlich binden wolle[140]). Das ist bei der Mehrzahl der Erklärungen, besonders bei den praktisch wichtigsten der empfangsbedürftigen Erklärungen der Fall, aber durchaus nicht bei allen. Man darf nicht ein Merkmal, das nur der species eigen ist, für das genus verlangen. Zu welchen Ergebnissen eine solche Methode führt, zeigt das Beispiel von Jacobi: Für seine „verläßlichen Willenserklärungen" ist ihm wesentlich die Erweckung der Vorstellung von der Rechtsveränderungsabsicht, unwesentlich der Erfolgswille[141]); für seine „unverläßliche Willenserklärung ohne Kundgebungszweck" dage-

[137]) Schmidt S. 32; Dernburg I § 106 II S. 327; Cosack I § 52 I 1 a; Wlassak S. 72; vgl. auch Enneccerus I § 136 A 2; Titze Artikel. Rechtsgeschäft 2 b S. 656.

[138]) Hellmann IhJ. 42 S. 413 ff.; gegen ihn besonders Manigk WE. S. 95 ff.; Isay IhJ. 44 S. 51; Breit S. 117 f.

[139]) Fink S. 15; Leonhard Allg. T. § 68 S. 254; Eltzbacher S. 138 f.

[140]) Jacobi S. 25; ähnlich der Kohlersche „Geisteseffekt IhJ. 16, 335 ff.

[141]) Jacobi S. 5, 15.

gen ist ihm Begriffsmerkmal der „Wille zur Rechtsänderung", also der Erfolgswille, unwesentlich aber die Vorstellung von der Rechtsveränderungsabsicht[142]). Er stellt damit zwei einander diametral entgegengesetzte Definitionen auf; es kann aber wohl kein Zweifel bestehen, daß, mag man soviel Arten von Willenserklärungen aufstellen wie man will, alle ein gemeinsames Merkmal aufweisen müssen, das den Generalnenner aller Willenserklärungen bildet, und daß der Unterschied in den Arten nur auf dem einen oder anderen hinzukommenden Nebenpunkt beruht. Ein ähnlich methodischer Fehler findet sich bei Manigk[143]). Er will den legalen Begriff der Willenserklärung aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 116 ff. entwickeln. Dabei berücksichtigt er nicht, daß die §§ 116 ff. sich gar nicht auf alle Willenserklärungen beziehen, sondern daß darin auch Vorschriften enthalten sind, die sich nur auf empfangsbedürftige Willenserklärungen beziehen, wie § 116, S. 2, § 117, § 123 II. Dadurch, daß er sie auf alle Arten von Willenserklärungen bezogen glaubt, muß er notgedrungen zu dem Schluß kommen, der Willenserklärung sei die Beziehung gerade zum Gegner der Erklärung notwendig, und ist gezwungen, für die Erklärungen, bei denen dies nicht der Fall ist, eine besondere Gruppe der „Willensgeschäfte" aufzustellen. Es müßte doch erst geprüft werden, ob überhaupt immer ein Gegner notwendig ist; aus der „allgemeinen Erörterung über den prinzipiellen gesetzlichen Standpunkt"[144]) folgt dies jedoch nicht, „Es wird normaler Weise deswegen erklärt, damit der innere Wille anderen kundbar werde"[145]). Aus diesem „normaler Weise" folgt plötzlich der Erklärungsgegner — und Manigk hat das, was er beweisen will, schon zum Ausgangspunkt genommen.

Auch daraus, daß das Rechtsgeschäft die Begründung, Veränderung und Aufhebung von Rechtsbeziehungen zum

---

[142]) Jacobi S. 72, 90.
[143]) Manigk WE. S. 150 ff., 175 ff.
[144]) Manigk WE. a. a. O.
[145]) Manigk WE. S. 150.

Inhalt hat[146]), folgt noch nicht eine notwendige Beziehung auf fremde Rechtssubjekte; denn eine Beziehung kann nicht nur zwischen Person und Person, sondern auch zwischen Person und Sache bestehen. Wenn das Recht auch in erster Linie das Zusammenleben der Menschen regeln will, so schließt das nicht aus, daß es dem Einzelwillen auch in solchen Fällen rechtliche Macht verleiht, in denen die Rechtssphäre anderer gar nicht berührt wird; die Beziehung zu anderen als Merkmal des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung müssen wir daher als zu eng ablehnen.

Da dieser nach außen gerichtete Gesichtspunkt versagt, bleibt nur noch die Beziehung zwischen Erfolgswillen und Erklärung übrig. Darüber, wie diese Beziehung zu denken sein, sind zwei Meinungen vertreten worden, die von Henle sogen. Offenbarungs- und Befehlstheorie. Hauptvertreter der letzteren ist Bülow; er sagt etwa folgendes: Das Wollen sei nur eine Ursache, kein Begriffsmerkmal; der Wille sei weder Inhalt noch das Gewollte Gegenstand der Erklärung; Inhalt der Erklärung sei vielmehr ein Sollen, ihr Gegenstand ein Gesolltes[147]). Dagegen ist aber einzuwenden, daß, wenn man überhaupt ein „Sollen" in der Willenserklärung finden will, sich das Sollen vom Wollen in dieser Weise gar nicht trennen läßt, zumal wenn man, wie Bülow richtig bemerkt, die Erklärung durch einen Willensakt des Urhebers hervorgebracht werden muß. Zwischen: „Ich will den Rechtserfolg durch die Erklärung herbeiführen" und „Ich will, daß der Rechtserfolg durch die Erklärung eintreten soll" besteht nur ein formaler Unterschied[148]). Das Sollen als Imperativ stellt doch nur eine verstärkte Form des Wollens dar. Zum andern: das Sollen muß sich doch an irgend wen richten. Wer der Empfänger des Befehls ist, ist bei Bülow nicht recht ersichtlich. Die Richtung auf das Publikum oder auf die Rechtsgemeinschaft wird scheinbar von Bülow selbst nicht behauptet[149]). Die Richtung auf etwa beteiligte Per-

[146]) Brose ArchZivPr. 130, 188.
[147]) Bülow S. 126.
[148]) vgl. auch Henle S. 332 ff.
[149]) vgl. Bülow S. 129.

sonen ist in dieser Allgemeinheit schon abgelehnt worden; wie dann, wenn kein Gegner vorhanden ist? Ein Befehl an die Rechtsordnung ist ebenfalls nicht denkbar, denn das würde voraussetzen, daß der Erklärende über der Rechtsordnung steht, die rechtliche Macht seiner Erklärung wird ihm aber erst durch die Rechtsordnung verliehen. Und ein Befehl des Erklärenden an sich selbst? Sich selbst kann man nichts befehlen; dies „läßt sich nur denken als das Aussprechen eines Vorhabens in der Absicht, sich darin zu bestärken“[150]). Man könnte noch daran denken, damit sei gemeint, daß der Erklärende sich selbst rechtlich binden wolle[151]), aber die Bindung ist doch erst eine Folge der Willenserklärung, sie kann sogar Motiv sein, sie gehört jedoch nie zum Inhalt der Erklärung.

Es bleibt somit nur die Offenbarung des Erfolgswillens übrig[152]). „Unter Erklärung ist einfach die Aeußerung des Geschäftswillens zu verstehen“[153]). Der Rechtserfolg tritt ein, weil er gewollt und erklärt ist; daraus ergibt sich durch logischen Schluß, daß nicht nur der äußere Erfolg als solcher durch das Handeln verursacht sein muß, sondern daß der Erklärende auch das Bewußtsein hat, daß der äußere Erfolg, eben die Erklärung, die Fähigkeit hat, den Rechtserfolg herbeizuführen. Hieran knüpft sich eine der wichtigsten Streitfragen auf dem Gebiete der Willenserklärungen, nämlich die nach dem sogen. „Erklärungswillen“ und den „ungewollten Willenserklärungen“ (ungewollt hier im Sinne des Erklärungswillens).

Die Streitfrage ist eigentlich erst seit Inkrafttreten des BGB bezw. den Beratungen über seine Entwürfe entstanden, und zwar aus folgendem Grunde: Das gemeine Recht hatte

150) Henle S. 337.

151) Jacobi S. 30 ff.

152) von der sich die Vollzugstheorie Henle's nicht wesentlich unterscheidet; s. auch die (übrigens nicht ganz zutreffende) Bemerkung Enneccerus I § 137 Anm. 4.

153) Enneccerus I § 136 A 2 S. 351; ebenso Wlassak S. 72; Dernburg I § 106 II S. 326; Lehmann § 24 I S. 126; Cosack § 71 I 1 vgl. aber Beispiel II 1 b, 2 c (vorsätzliches Handeln); Breit S. 116.

im Zweifel, ob die Merkmale eines Rechtsgeschäfts vollständig vorlagen, nur die Möglichkeit, ja oder nein zu sagen, d. h. im letzteren Falle hatte der konkrete Sachverhalt keine weiteren Folgen; es blieb gleichgültig, ob man ihn als unwirksames oder nichtiges oder Nichtrechtsgeschäft ansah. Das BGB fügte die Anfechtbarkeit in §§ 119 ff. und die Nichtigkeit mit gleichzeitiger Schadensersatzverpflichtung in §§ 118, 122 ein. Voraussetzung ist in diesen Fällen immer, daß überhaupt eine „Willenserklärung" gegeben ist. Daraus entstand die Frage nach dem Mindesttatbestand: Welcher Sachverhalt enthält alle Begriffsmerkmale der Willenserklärung? Worin ist die Anfechtbarkeit begründet? Welche Merkmale müssen fehlen, wenn nicht einmal eine nichtige, auch keine Schadensersatzpflicht nach § 118 erzeugende „Willenserklärung" vorliegt? Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer begrifflichen Trennung zwischen „nichtigem Rechtsgeschäft" und „Nicht-Rechtsgeschäft". Unter unwirksamen Rechtsgeschäften verstehen wir dagegen solche, die alle Begriffsmerkmale enthalten, bei denen aber eine Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt, z. B. der Mangel der Form in §§ 313, 125.

Wie bestritten der vorläufig so genannte „Erklärungswille" ist, zeigt schon äußerlich die Verschiedenartigkeit der dafür gewählten Bezeichnungen, wie: Sinn der Erklärung[154]), Grundwille[155]), Erklärungswille[156]), Wirkungswille[157]), Erklärungsbewußtsein[158]), Kundgebungszweck[159]), genereller Erklärungswille[160]), Sinn im Ganzen[161]) usw. Zusammenfassend kann man drei Gruppen von Aussichten unterscheiden: 1. die objektive Theorie, nach der „eine Willenserklärung im Sinne des BGB dann vorliegt, wenn eine auf einen Willens-

154) Henle S. 3
155) Kohler IhJ. 16, 336 Anm. 1.
156) Oertmann Anm. 9 d 2 vor § 104 S. 332; Eltzbacher S. 145.
157) Endemann I § 60 Anm. 15 S. 274.
158) Lehmann § 24 IV 2 b S. 131.
159) Manigk WE. S. 188.
160) Walsmann S. 151.
161) Brose Irrtum S. 21.

entschluß in dem Erklärenden zurückführende Handlung Handlung den Sinn einer Willenserklärung hat“[162]); 2. die streng subjektive Theorie, nach der der Wille oder wenigstens das Bewußtsein von der rechtsgeschäftlichen Natur dre Erklärung vorhanden sein muß[163]); 3. die gemäßigte subjektive Theorie, die auf eine bewußte Mitteilung beliebiger Art abstellt[164]). Am wenigsten begründet scheint die letzte Ansicht; es ist nicht recht einzusehen, warum gerade der Wille, eine Mitteilung irgendwelchen tatsächlichen Inhalts zu machen, den Grenzstrich bilden soll. „Nickt A. aus Langeweile vor sich hin, so haftet er nicht; nickt er einem anderen gutmütig zu, so haftet er“[165]). Uebrig bleibt die Entscheidung zwischen objektiver und streng subjektiver Theorie. Unmittelbar gibt das Gesetz keine Antwort auf diese Frage; man kann ihr nur durch Schlußfolgerungen näher kommen. §§ 116, 117 bleibt hier außer Betracht, da bei ihnen der Wille auf die Herstellung einer nach außen als rechtsgeschäftlich erscheinenden Willenserklärung gerichtet ist. Aus § 119, den neuestens Manigk[166]), in diesem Falle heranziehen will, kann auch nichts gefolgert werden, denn ob man unter „Erklärung dieses Inhalts“ eine rechtsgeschäftliche, aber einen anderen Sinn als den gewollten enthaltende Erklärung verstehen will oder eine nichtrechtliche Erklärung, bleibt in beiden Fällen gleich willkürlich. Ob § 120 Anwendung findet, wenn der Bote eine ganz andere Erklärung als die abgegebene übermittelt, ist bestritten[167]). Unter „ganz anderer Erklärung“ ist

[162]) Henle S. 135; ebenso Danz S. 14; Biermann Allg. T. § 69 1 a S. 240; Hölder IhJ. 55, 413 ff.; Jacobsohn IhJ. 56, 358.

[163]) Oertmann Anm. 9 d 2 vor § 104 S. 332; Planck-Flad Anm. 4 b zu § 118 S. 276; Anm. 5 e zu § 119 S. 180; Enneccerus I § 136 Anm. 3 und 10; derselbe Rg. S. 87 f.; Manigk WE. S. 186, aber Irrtum S. 108 mit 110!

[164]) v. Tuhr II § 61 I b S. 404; ähnlich Bernhöft in Birkmeyers Enzykolpädie S. 405 f.

[165]) Henle S. 140, gerade als ob er die von v. Tuhr vertretene Ansicht vorausgeahnt hätte.

[166]) Manigk Irrtum S. 105 f.

nicht etwa die Entstellung von „kaufen“ in „verkaufen“ oder ähnliche Fehler gemeint, sondern die Uebermittlung eines vollständig verschiedenen Inhalts, etwa wenn jemand dem Boten den Auftrag gibt, er solle eine Verkaufsofferte über eine Uhr überbringen, und er statt dessen ausrichtet, der Empfänger solle das Landhaus des Auftraggebers vermieten, oder wenn auf dem Telegraphenamt die Adressen zweier Telegramme vertauscht werden. In diesen Fällen scheint es doch richtiger, die Erklärung wirkungslos zu lassen als den Empfänger durch Anwendung des § 120 zur Anfechtung zu zwingen. Es ist richtig, daß bei dieser Ansicht zweifelhafte Grenzfälle vorkommen können; die Grenzlinie wird danach zu ziehen sein, wie weit der Erklärende mit einer Entstellung durch die Uebermittlungsanstalt rechnen konnte, insoweit ist er auch gebunden. Gegen die objektive Theorie ergibt sich jedenfalls daraus: wenn der Erklärende schon nicht gebunden ist, wenn statt der abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärung eine eben solche, aber ganz verschiedenen Inhalts übermittelt wird, darf er nicht schlechter gestellt werden, wenn er eine nicht rechtsgeschäftliche Erklärung, z. B. einen Glückwunsch, abgegeben hat und diese bei der Uebermittelung in eine rechtsgeschäftliche verdreht worden ist. In § 118 ist bestritten, ob die Erwartung der Nichternstlichkeit in der Erklärung zum Ausdruck gekommen sein muß oder nicht[168]). Mit der herrschenden Meinung wird man das letztere annehmen müssen, da „sonst die praktische Bedeutung der Vorschrift gleich Null wäre“[169]). Ob die Er-

---

[167]) wie hier Enneccerus I § 157 I 3 b und Anm. 10; Biermann Allg. T. § 69 Anm. 20 S. 244; Dernburg I § 145 V S. 436; Plank-Flad Anm. 1 a zu § 120 S. 292; RGKomm. frühere Auflagen Anm. 1 zu § 120; a. A. Oertmann Anm. 5 b zu § 120 S. 413; Cosack § 64 III 1 c S. 269; Lehmann § 34 III 1 d S. 232; v. Tuhr II 1 § 61 II 2 S. 411.

[168]) dafür: Isay S. 17; Jacobi S. 54 ff.; Danz S. 17; dagegen: Planck-Flad Anm. 1 a zu § 118 S. 276; Manigk WE. S. 471, Rg. S.. 115; Henle S. 489; Oertmann Anm. 3 a zu § 118 S. 386.

[169]) Lehmann § 34 II 3 S. 228; vgl. auch die angeblich „Verfehlte Fassung des § 118“ bei Jacobi.

wartung gerechtfertigt war oder nicht, ist ebenfalls gleichgültig. Der Erklärende stellt hier bewußt eine rechtsgeschäftliche Erklärung her, benutzt sie aber zum Zwecke des Scherzes. Weshalb zwischen dem „Erklärungswillen als dem Willen, einen rechtsgeschäftlichen Willen in ernstlicher Weise zum Ausdruck zu bringen, und dem Willen, die Vorstellung eines rechtsgeschäftlichen Willens zu Scherzzwecken zu benutzen" ein so unermeßlicher Abgrund klafft, „daß das Gehirn sich sträubt, den Sprung darüber zu wagen" wie Henle[170]) meint, ist nicht einzusehen. In §§ 116,117 benutzt der Erklärende die Erklärung zum Zwecke der Täuschung, in § 123 zu dem Zwecke, der Drohung zu entgehen, trotzdem spricht das Gesetz in diesen Fällen von Willenserklärungen. Wenn jemand also in der Erwartung, der Mangel der Nichternstlichkeit werde nicht verkannt werden, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt, diese aber so unglücklich faßt, daß der Gegner auch bei größter Aufmerksamkeit sie als ernstliche verstehen mußte, ist die Erklärung nichtig; dann darf man aber auf keinen Fall denjenigen schlechter behandeln, der gar nicht das Bewußtsein hat, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben. Daraus folgt aber, daß nur der subjektive Erklärungswille eine Grundlage im Gesetze hat.

Auf dieser Grundlage können wir an Hand der §§ 116 ff. an die Bestimmung des Unterschiedes zwischen Rechtsgeschäft, nichtigem Rechtsgeschäft und Nicht-Rechtsgeschäft herangehen. §§ 119, 120, 123 können hierbei aus dem Spiele bleiben; sie enthalten Handlungs-, Erklärungs- und Erfolgswillen, die Anfechtbarkeit beruht auf der Divergenz zwischen innerem und erklärten Willen, die uns hier nicht berührt. In § 117 geben die Parteien im Einverständnis miteinander eine Erklärung ab, die sich nach außen hin als rechtsgeschäftliche darstellen soll; der Erklärungswille ist vorhanden. Die Rechtsfolgen sollen aber nach vorheriger Vereinbarung nicht eintreten; daraus ergibt sich, daß der Rechtsfolgewille fehlt. In § 118 will der Erklärende die äußere rechtsgeschäftliche

---

[170]) Henle S. 143.

Erklärung, hat also den Erklärungswillen; aus der Erwartung, der Mangel der Nichternstlichkeit werde nicht verkannt, geht hervor, daß der Erklärende eine Rechtswirkung nicht herbeiführen wollte; der Erfolgswille fehlt. In beiden Fällen ist das Rechtsgeschäft nichtig. In § 116 ist die Willenserklärung bald gültig, bald nichtig, je nachdem der Gegner Kenntnis von der Mentalreservation hat oder nicht; daß diese Kenntnis für die Frage des Erklärungswillens nichts zu bedeuten hat, liegt auf der Hand. Bei ihm handelt es sich lediglich um eine innere Beziehung zwischen dem Erklärenden und der Erklärung, auf die äußere zufällige Ereignisse keinen Einfluß haben. Aus den aus §§ 117 ff. abgeleiteten Sätzen ergibt sich nun folgendes:

1. Sind Handlungs-, Erklärungs- und Erfolgswille vorhanden, so ist der Begriff des Rechtsgeschäft voll und ganz gegeben; bei ev. Divergenz zwischen innerem und erklärtem Willen läßt das Gesetz unter bestimmten Bedingungen die Anfechtung zu.

2. Ist nur Handlungs- und Erklärungswille vorhanden, so liegt ein nichtiges Rechtsgeschäft vor, das aber als solches noch die Schadensersatzpflicht aus § 118, 122 und die Möglichkeit der Konversion nach § 140 zur Folge hat.

3. Ist nur der Handlungswille ohne Erklärungs- und Erfolgswille vorhanden, so ist nicht einmal ein nichtiges Rechtsgeschäft vorhanden: Nicht-Rechtsgeschäft.

Hieraus ergibt sich auch die Beantwortung der Frage, ob, wenn man von Rechtsgeschäften spricht, darunter auch das nichtige Rechtsgeschäft zu verstehen sei. Man muß hierbei unterscheiden: Kommt es nur auf den Erklärungswillen an, dann sind die nichtigen Rechtsgeschäfte einbegriffen; nicht aber, wenn es sich um den Erfolgswillen handelt.

Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei ausdrücklich betont, daß nicht der innere, sondern nur der durch den Erklärungswillen erzeugte und auf dem Erfolgswillen beruhende erklärte Wille eine positive, rechtserzeugende Wirkung zu äußern vermag. Der innere Wille ist bei der Anfechtbar-

keit lediglich Wirksamkeitsvoraussetzung für eine neue selbständige, die Folgen des früheren Rechtsgeschäfts vernichtende Willenserklärung, die Anfechtung.

Unter den Arten der Willenserklärungen unterscheidet das BGB solche, die einem anderen gegenüber abzugeben sind, und solche, bei denen dies nicht der Fall ist. Sie werden nach dem Beispiel Zitelmanns mit „Empfangsbedürftig" und „Nichtempfangsbedürftig" bezeichnet. Richtiger müßte es allerdings heißen „zugangsbedürftig", da nach § 130 nicht das Empfangen, sondern das Zugehen erforderlich ist. Gegen diese Einteilung ist Manigk Sturm gelaufen; er will sie als unbrauchbar verwerfen und an ihre Stelle die Einteilung in Willenserklärungen und Willensgeschäfte setzen. Bei ersteren soll der Kundgebungszweck Begriffsmerkmal sein, bei letzteren der Erfolgswille. Diese Einteilung ist schon oben abgelehnt worden, weil der Kundgebungszweck als Beziehung auf einen Gegner nicht Begriffsmerkmal der Willenserklärung ist. Da Manigk die Einteilung des Gesetzes verwirft, ist er gezwungen, § 130 auf alle Willenserklärungen (in seinem Sinne) anzuwenden und gelangt dabei zu manchmal sehr erzwungen scheinenden Resultaten, z. B. bei der Frage des Zugehens eines holographischen Testamentes. Wie begründet er nun sein Abweichen von dem Unterschiede, den das Gesetz selbst aufstellt? Er bemerkt sehr richtig[171]), daß in der Literatur zwei verschiedene Merkmale der Empfangsbedürftigkeit angegeben seien: „Empfangsbedürftig konnte man diejenigen Willenserklärungen nennen, die in dem Moment wirksam werden, wo sie dem Gegner zugehen; man konnte aber auch sagen, . . . daß empfangsbedürftig diejenigen Willenserklärungen seien, die einem bestimmten Gegner zugehen müßten". Gerade hierin ist schon die Richtung angegeben, in der das Wesen der Empfangsbedürftigkeit zu suchen ist. Das Erstere ist die

[171]) Manigk WE. S. 314, ohne Nachfolger zu finden, auch Planck-Flad, Lehmann, Oertmann halten an der Unterscheidung zwischen empfangsbedürftigen und nichtemfangsbedürftigen Erklärungen fest.

Folge, das zweite die Ursache. Um festzustellen, ob eine Willenserklärung empfangsbedürftig ist oder nicht, kann ich nicht darauf sehen, ob sie erst mit dem Zugehen wirksam wird; das wäre ein Zirkel. Ich muß vielmehr feststellen, ob sie einem bestimmten Gegner, einem Anderen gegenüber abzugeben ist. Ob dies der Fall ist, muß sich aus dem Inhalt der einzelnen Willenserklärung ergeben[172]). Als Gegner kommt nicht jeder zufällig bei Abgabe der Willenserklärungg Anwesende in Betracht, sondern eine bestimmte Person, die persönlich ein unmittelbares rechtliches Interesse an der Kenntnisnahme hat[173]). Fehlt das persönliche Interesse, so ist die Erklärung nicht mehr empfangsbedürftig, so bei Willenserklärungen, die gegenüber einer Behörde abzugeben sind[174]). Diese ist nicht als Interessenvertreterin des wirklichen Gegners aufzufassen[175]), sondern das Gesetz hat sie aus Zweckmäßigkeitsgründen als Ort, wo die Erklärung zugehen muß, bestimmt[176]). Gegen die Manigk'sche Ansicht spricht auch die Fassung des Gesetzes. Es heißt in § 130 „abzugeben ist", nicht „abgegeben wird"; daraus folgt, daß die Frage der Empfangsbedürftigkeit nicht danach gelöst werden kann, ob die Abgabe im einzelnen Falle wirklich erfolgt, sondern die Empfangsbedürftigkeit muß sich aus der Natur der Willenserklärung herleiten lassen. Gerade diese Frage hat in der Behandlung durch die Wissenschaft unter dem Uebel zu leiden gehabt, daß die nicht empfangsbedürftigen Erklärungen im BGB ziemlich sparsam gesät sind. Da die Lehre von der Willenserklärung sehr abstrakt ist, greift jeder Verfasser gern zu Beispielen des täglichen Lebens, um seine Meinung zu verdeutlichen; da solche Beispiele sich aber meist auf empfangsbedürftige Erklärungen beziehen, entsteht die Gefahr, daß in die Willenserklärung als genus etwas hineingelegt wird, was in Wirklichkeit nur

---

[172]) RGKomm. Anm. 1 vor § 116 S. 152: „falls es schon im Wesen des Geschäfts liegt"; Isay S. 46.

[173]) Planck-Flad Anm. 4 vor § 116 S. 266.

[174]) Prot. I 71; Enneccerus I § 136 A 4 S. 354.

[175]) Manigk WE. S. 323.

[176]) Jacobi S. 29.

von der species der nicht empfangsbedürftigen Erklärung gilt. Bei letzteren wird die Rechtssphäre eines anderen nicht unmittelbar berührt; es muß erst eine Handlung oder ein Ereignis eintreten, bevor die Rechtswirkung zur Entstehung gelangt, so z. B. beim Testament der Tod des Erblassers, bei der Stiftung die Genehmigung, bei der Auslobung die Vornahme der Handlung, bei dem Wechsel das In-Verkehrgelangen usw. Damit Dritte durch nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen keinen tatsächlichen Schaden erleiden sollen, hat das Gesetz im Gegensatz zu der „Vertragsfreiheit", die eben nur für schuldrechtliche Verträge gilt, feste Typen aufgestellt[177]).

Da die Empfangsbedürftigkeit lediglich das Interesse des Gegners im Auge hat, kann dieser auf seinen Vorteil verzichten. Dadurch wird die empfangsbedürftige Erklärung noch nicht zu einer nicht empfangsbedürftigen, nur der Zeitpunkt der Wirksamkeit wird verschoben. Ebensowenig kann auch eine nichtempfangsbedürftige zu einer empfangsbedürftigen Erklärung werden, da ihr Unterschied in ihrem Wesen begründet ist; doch dürfte es angebracht sein, die Vorschriften über letztere auf die nicht empfangsbedürftige Erklärung analog anzuwenden, wenn eine solche in der Form einer empfangsbedürftigen abgegeben, um das Vertrauen des „Gegners" nicht zu enttäuschen. Allerdings reicht dieser Vertrauensschutz nicht unbegrenzt, sondern nur soweit als er bei den empfangsbedürftigen Erklärungen gesetzlich begründet ist.

Es ist selbstverständlich, daß die Erklärung schlüssig sein muß, d. h. daß aus ihr überhaupt auf irgend einen Inhalt geschlossen werden kann; andernfalls kann man nur von einer Reihe von sinnlosen Zeichen sprechen, nicht mehr von einer Erklärung. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß sie eindeutig sein müsse, d. h. daß die Auslegung den Schluß auf nur e i n e n bestimmten Willen ergebe. Das ergibt sich schon aus der Tatsache, daß ein Vertrag schon

[177]) v. Tuhr II 1 § 53 Anm. 3 S. 203; § 51 Anm. 21 S. 180; Breit S. 95.

dann geschlossen, wenn die beiderseitigen Erklärungen unklar sind, der zu Grunde liegende Wille aber übereinstimmt. Die Eindeutigkeit kann man also nicht einmal für die empfangsbedürftigen Willenserklärungen verlangen. Bei Unklarheit kann unter Umständen ein Vertrag nicht zustande kommen, das ändert aber nichts an dem Charakter der Erklärungen als Willenserklärungen. Isay nennt dies „Verhalten mit disjunktiv möglichem Schluß" „Willenserklärung ist ein solches Verhalten nicht"[178]); da er sie aber nicht entbehren kann sieht er sich genötigt, fortzufahren: „indessen ist es . . . häufig in der Lage, eine Willenserklärung zu ersetzen"! Unzweideutigkeit ist also kein Begriffsmerkmal weder der empfangs- noch der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung[179]). Vor der Möglichkeit, daß aus einer Erklärung letzterer Art eine Schädigung anderer entstehen könnte, schützt das Gesetz selbst, indem es eine bestimmte Form oder formähnliche Wirksamkeitsvoraussetzungen fordert. Es genügt, daß die Rechtsgenossen durch die Erklärungshandlung darauf aufmerksam gemacht werden, hier könnte eine Rechtsänderung vor sich gehen, ohne daß sie im allgemeinen in dem Vertrauen darauf geschützt werden, eine solche sei tatsächlich geschehen. Im Falle einer Interessenkollision schützt das Gesetz den Gegner nur, wenn er ein rechtliches Interesse an der Bestimmtheit hat, ein wenn auch noch so erhebliches sachliches Interesse genügt nicht. Da bei den nicht empfangsbedürftigen Erklärungen eine Interessenkollision rechtlicher Natur nicht stattfinden kann, ist für sie um so weniger Eindeutigkeit und Bestimmtheit begrifflich erforderlich[180]).

---

[178]) Isay S. 44.

[179]) wie hier Breit S. 125; Endemann I § 64, 2c S. 297, aber § 63, 1 S. 288; Leonhard Irrtum S. 79; auch RGZ. 6, 145?

[180]) dazu insbesondere Bruck S. 122.

Schematische Darstellung.

I. Rechtswirksame Tatsachen:

a) Naturtatsachen,
b) Seelische Tatsachen,
c) Juristische Tatsachen.

II. Rechtswirksame Handlungen.

A. Rechtmäßige

Realakte Willensäußerungen

B. Rechtswidrige
(Delikte)

a) vorsätzliche
b) fahrlässige

III. Rechtsgeschäfte (Willenserklärungen).

einseitige

a) empfangsbedürftige
b) nichtempfangsbedürftige

mehrseitige
(immer empfangsbedürftig)

a) Verträge
b) Gesamtakte
c) Beschlüsse

II. Teil.

Die rechtliche Natur der Preisgabe des Eigentums an beweglichen Sachen und die Anwendung der Rechtsgeschäftsnormen.

§ 5. Die rechtliche Natur der Preisgabe.

§ 959 BGB bestimmt: „Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt". Drei Voraussetzungen sind für die Rechtsfolge des Eigentumsverlustes erforderlich: 1. Nur der Eigentümer kann auf sein Eigentum verzichten[181]); inwieweit ein Dritter als Stellvertreter oder in anderer Weise dazu berechtigt, ist im folgenden § zu untersuchen. 2. Die Aufgabe des Besitzes der Sache, wozu 3. die Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, hinzutreten muß. Aus 2. und 3. muß sich die rechtliche Natur der Preisgabe herleiten lassen.

Den Gegensatz zur Eigentumsaufgabe bildet die Aufgabe des Besitzes. Aus einem Vergleich des § 959 (aufgibt) mit § 856 (aufgibt oder in anderer Weise verliert) folgt, daß das Gesetz unter Aufgeben des Besitzes nur den freiwilligen, gewollten Besitzverlust versteht. Das kann aber nur durch eine Handlung geschehen. Die Preisgabe als rechtswirksame Tatsache scheidet also aus; es bleibt nur übrig: Rechtshandlund oder Rechtsgeschäft? Wesentlich für letzteres ist die Beziehung zwischen Geschäftswillen (für welchen Ausdruck wir auch schon „Absicht" gebrauchten) und dem Rechtserfolg. § 904 des 1. Entwurfs von 1888 sprach noch von „Erklärung". „Man beschloß aber nicht von der Erklärung zu sprechen, das Eigentum an der Sache aufzugeben, sondern

181) a. A. Kohler II § 87 III S. 247.

von der erkennbaren Absicht, das Eigentum aufzugeben“[182]). Demgemäß erhielt § 895 des 2. Entwurfs die heutige Fassung, die in den späteren Entwürfen (Bundesratsvorlage § 944, Reichstagsvorlage § 943, BGB § 959) unverändert blieb. Eine sachliche Aenderung war nicht beabsichtigt; man wollte das Gesetz nur nicht auf eine der schon damals strittigen Meinungen festlegen, die Entscheidung vielmehr der Wissenschaft überlassen. Aus dem ziemlich farblosen Ausdruck „Absicht“, den das BGB sonst wenig verwendet, können also keine besonderen Folgerungen gezogen werden. Jedenfalls ist die Preisgabe eine Handlung; ihr liegt der Wille, auf das Eigentumsrecht zu verzichten, zu Grunde, und als Rechtsfolge tritt — der Eigentumsverlust ein. Gerade darin haben wir aber das Wesen des Rechtsgeschäfts gefunden, daß der Geschäftswille, die Absicht den Rechtserfolg bestimmt. Die Preisgabe ist also Rechtsgeschäft, und zwar, da lediglich die Handlung des Preisgebenden erforderlich ist, ein einseitiges, und, da die Rechtssphäre eines Anderen, der ein unmittelbares persönliches und rechtliches Interesse daran haben könnte, nicht berührt wird, ein nicht empfangsbedürftiges. Die Erklärung liegt in dem Aufgeben des Besitzes; dies ist die Erklärung, nicht etwa muß zu dem Aufgeben des Besitzes noch eine besondere Erklärung (mündlich oder schriftlich) hinzutreten; dies kann geschehen, ist aber nicht wesentlich. Daher kann der Ansicht Wolff's[183]), der die Preisgabe als Willenserklärung plus Realakt betrachtet, nicht beigetreten werden; wo ist denn außer dem Realakt der Besitzaufgabe überhaupt eine Erklärung zu finden? Entweder betrachtet man die Besitzaufgabe als Erklärung, dann muß die Frage unbeantwortet bleiben; oder man betrachtet sie als Realakt, dann weiß man überhaupt nicht worin die Preisgabe liegen soll. Mit demselben Rechte könnte man bei einer schriftlichen Offerte neben dieser als Willenserklärung noch das Schreiben des Briefes als selbst-

---

[182]) Prot. III S. 253 f.
[183]) Enneccerus II 1 § 78 II 1 a. S. 234.

ständigen Realakt ansehen. Nicht nur zufällig, wie Manigk[184]) meint, verlangt das Gesetz die Aufgabe des Besitzes, sondern man kann sie geradezu als Form der Erklärung auffassen. Eindeutigkeit und Bestimmtheit ist für die Preisgabe als einseitige nicht empfangsbedürftige Erklärung nicht erforderlich; das Vertrauen Dritter wird nicht geschützt. „Eine Vermutung dafür, daß die nicht im Besitz jemandes befindlichen Sachen herrenlos sind, gibt es weder im Verkehr noch im Recht"[185]). Wenn also jemand eine Sache wegwirft, nur um sich des Besitzes zu entledigen, weil sie ihm augenblicklich lästig ist, so verliert er nicht das Eigentum; umgekehrt aber erlischt das Eigentum, wenn jemand z. B. in der Straßenbahn eine Sache absichtlich liegen läßt, sich aber nach außen hin den Anschein gibt, als habe er sie vergessen. Die Besitzaufgabe soll die Mitwelt darauf aufmerksam machen, daß hier eine Rechtsänderung eingetreten sein k a n n, gibt aber niemandem das Recht zu der Annahme, eine solche sei wirklich eingetreten. Es steht jedem frei, eine herrenlose Sache zu okkupieren, o b sie aber herrenlos ist, darf er nicht aus der Besitzlosigkeit schließen, sondern die Besitzlosigkeit sagt ihm: Prüfe erst, ob die Sache auch herrenlos ist.

Der Verzicht auf das Eigentum äußert sich in dem Aufgeben des Besitzes; daraus folgt, daß eine Preisgabe trotz Fortdauer des Besitzes[186]) undenkbar ist. Aus der Tatsache, daß die Besitzaufgabe mit der Erklärungshandlung identisch ist, ergibt sich weiterhin, daß ein zeitliches Auseinanderfallen schon rein logisch nicht möglich ist. Das wird in dem Falle praktisch, wenn zwischen Besitzaufgabe und „Erklärung" eine gewisse Zeit verfließt. Daß eine wirksame Preisgabe nicht vorliegt, wenn der Eigentümer zuerst erklärt, auf das Eigentum zu verzichten und erst späterhin sich des Besitzes entledigt, ist unbestritten. Denn wenn er im Besitz der Sache ist, hat er fast immer die Möglichkeit, die Vorschriften des Gesetzes einzuhalten. Ist diese Möglichkeit aus-

---

184) Manigk Rg. S. 31; dagegen ausführlich Schmidt S. 43 ff.
185) Manigk Rg. S. 291.
186) so Schlossmann IhJ. 49, 149.

nahmsweise nicht vorhanden, z. B. wenn er verreist ist, so besteht kein Bedürfnis, ihm entgegen der gesetzlichen Bestimmung die Preisgabe zu ermöglichen. Im umgekehrten Falle, wenn der Eigentümer den Besitz freiwillig oder unfreiwillig verloren hat und erst nachträglich den Entschluß faßt, auch auf das Eigentumsrecht zu verzichten, steht die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß dies zulässig sei. Am weitesten ist Manigk gegangen, der die Preisgabe solo animo geschehen läßt[187]), später allerdings seinen Standpunkt aufgegeben hat[188]). Trotzdem mutet seine Auffassung, in der Preisgabe solo animo sei eine durch Unterlassen verwirklichte Handlung zu erblicken, etwas gezwungen an; denn eine Handlung kann in einem Unterlassen bestehen; aber nicht jedes Unterlassen ist eine Handlung. Die übrigen Verfasser verlangen meist eine Betätigung des Willens beliebiger Art. Wenn aber die Besitzaufgabe selbst die Erklärung ist, ist aber eine Preisgabe nach vorherigem Besitzverlust nicht mehr denkbar[189]). Ist der Besitz schon vorher unfreiwillig verloren worden, so liegt eine Handlung überhaupt nicht vor; ist er vorher freiwillig aufgegeben worden, so fehlt das Handeln jedenfalls zur Zeit der Abgabe der „Erklärung". Mit Recht bemerkt sogar Manigk: „Wie sollte jemand, dem eine Sache abhanden gekommen ist, seinen nachher gefaßten Dereliktionsentschluß „erklären?"[190]). „Eine mündliche Erklärung kann die Handlung der Besitzentäußerung nicht ersetzen"[191]). Es scheint nicht so wesentlich, wie Fink[192]) meint, daß das Gesetz von „aufgeben" und „verzichten" im Präsens spricht, denn nicht der Wortlaut des Gesetzes ist entscheidend, sondern der Sinn. Wenn sich durch Auslegung ergeben sollte, daß das

---

[187]) Manigk Rg. S. 198; zweifelnd Biermann Anm. 1 b zu § 959 S. 244; dagegen Enneccerus II 1 § 78 II 1 a; Planck-Brodmann Anm. 3 zu § 959 S. 439.

[188]) WE. S. 548 f.

[189]) so auch Fink S. 32; Planck ältere Auflagen.

[190]) WE. S. 540.

[191]) Schmidt S. 48.

[192]) Fink S. 31.

Gesetz die Preisgabe auch bei vorherigem Besitzverlust zulassen wollte, würde der Wortlaut ein sehr schwacher Gegenbeweis sein. Die Schwierigkeit liegt vielmehr auf anderem Gebiete: wenn die Besitzaufgabe die Erklärung ist, dann kann sie nicht durch eine mündliche oder schriftliche Aeußerung ersetzt werden. Wenn darauf hingewiesen wird, daß zur Erlangung oder zum Verlust des Besitzes doch auch nicht immer eine Handlung erforderlich ist, so haben schon die Motive darauf die richtige Antwort gegeben: „Die Verschiedenheit rechtfertigt sich aber auch aus der stärkeren Wirkung der Eigentumsdereliktion“[193]), und „. . . . aber bei dem Aufgeben des Eigentums ist zu verlangen, daß der Wille in dem Akte des Aufgebens der tatsächlichen Gewalt sich manifestiert“[194]). Die Gegenmeinung muß zur Stützung ihrer Ansicht auch die zweite Möglichkeit des § 856 I (in anderer Weise verliert) in § 959 hineinbringen, was in geradem Gegensatz zu dem klaren Gesetzestext steht. Man könnte ja daran denken, daß sich in der langen Zeit seit Inkrafttreten des BGB ein Gewohnheitsrecht des von der Gegenmeinung vertretenen Inhalts gebildet hat. Für die opinio juris ist die Existenz der herrschenden Meinung wohl als ausreichend zu erachten; aber für die tatsächliche Uebung ist ein Beweis nicht zu erbringen. Man versetze sich nur in die Seele eines Menschen, dem ein Gegenstand abhanden gekommen ist: bei wertvollen Sachen wird er alle Mühe aufwenden, ihn wieder zu erlangen; bei geringwertigen wird niemandem einfallen, nachträglich noch förmlich zu erklären: ich verzichte auf das Eigentum. Oder z. B. folgender Fall: jemand verliert eine Sache und sagt zu seinem Freunde: Wenn du sie findest, kannst du sie behalten. In diesem Falle wird man, selbst selbst wenn man der Gegenmeinung folgt, keine Preisgabe annehmen dürfen, sondern eine Eigentumsübertragung nach § 929 S. 2; denn wie aus § 932 I, S. 2 hervorgeht, ist es nicht erforderlich, daß der Besitz unmittelbar von dem Veräußerer erworben wird. In anderen Fällen geht die abhanden

---

[193]) Mot. III 102.
[194]) Mot. III 371.

gekommene Sache ganz unter; öfters wird auch § 856 II oder die traditio ad incertam personam helfend eingreifen, und für die wenigen übrigbleibenden Fälle genügt die Möglichkeit der Ersitzung vollkommen. Jedenfalls besteht kein dringendes Bedürfnis, die Preisgabe auch bei vorherigem Besitzverlust zuzulassen[195]).

§ 959 verlangt die Aufgabe des Besitzes; darunter ist zweifellos auch der mittelbare Besitz des § 868 zu verstehen[196]). Auf dem unmittelbaren Besitz des Besitzmittlers baut sich ein Verhältnis auf, vermöge dessen er diesem gegenüber zum Besitze auf Zeit berechtigt oder verpflichtet ist. Worin das Wesen dieses „ähnlichen Verhältnisses" bestehen soll, war und ist streitig. Es würde den Rahmen dieser Darstellung überschreiten, näher auf diese Nebenfrage einzugehen. Für unsere Zwecke ist nur von Bedeutung das Rechtsverhältnis zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer. Der Besitz hört auf, sobald das Grundverhältnis zerstört ist. Ob die Aufhebung des Rechtsverhältnisses durch einseitige Erklärung[197]) oder durch Vertrag[198]) erfolgt, ist hier gleichgültig; da ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen in Betracht kommt, ist die Erklärung stets empfangsbedürftig. Daraus darf man aber nicht den Schluß ziehen, als ob die Erklärung der Preisgabe notwendig auch empfangsbedürftig sein müsse[199]). Denn die Erklärung richtet sich auf Zerstörung des Grundverhältnisses, in ihr braucht aber nicht zum Ausdruck kommen, daß der mittelbare Besitzer damit gleichzeitig sein Eigentum aufgebe. Also: die Erklärung des Oberbesitzers, daß er seinen Besitz aufgebe, ist als solche empfangsbedürftig; bei vorhandenem Eigentumsverzichtswillen ist gleichzeitig darin die nicht empfangsbedürftige Erklärung der Preisgabe enthalten. Gleichzeitig ergibt sich daraus, daß der Eigentümer den Be-

[195]) so auch Fink S. 33 f.

[196]) Prot. III 254; Planck-Brodmann Anm. 1 a zu § 959 S. 438.

[197]) Kohler II § 87 S. 247; Staudinger-Kober Anm. 1 c zu § 959 S. 540.

[198]) Biermann Anm. 7 c zu § 868 S. 51.

[199]) so scheinbar Staudinger-Kober Anm. 3 zu § 959 S. 541.

sitz aufgibt, ohne daß die Sache besitzlos wird. Das genügt für § 959; denn das Gesetz verlangt nur, daß der Eigentümer den Besitz aufgibt, aber nicht auch, daß die Sache besitzlos wird. Gleiches gilt für den Fall des Mitbesitzes; nur wird hier die Sache nicht herrenlos, sondern fällt ganz in das Eigentum des anderen, vorausgesetzt, daß Mitbesitz und Miteigentum sich decken; es ist auch der Fall denkbar, daß von den Mitbesitzern nur einer Eigentümer ist, dann gilt das für den mittelbaren Besitz Gesagte ohne Einschränkung.

Ebenso ist es auch bei der Besitzdienerschaft des § 855[200]). Wenn der Besitzdiener auch nicht „Gegner" des Besitzers ist, so wird sich in der Regel aus dem zwischen ihnen bestehenden Verhältnis die Notwendigkeit ergeben, daß der Besitzer den Besitzdiener anweist, sich des Besitzes der Sache zu entledigen. In dieser empfangsbedürftigen Erklärung steckt wieder die nicht empfangsbedürftige Willenserklärung der Preisgabe. Der Besitzdiener braucht auch hier nicht zu wissen, daß der Besitzer außer dem Besitz auch das Eigentum aufgeben will. Wenn er, statt die Sache auftragsgemäß wegzuwerfen, sie für sich behält, so erlischt der Besitz des Herrn und er hat originär Besitz bezw. bei Aneignungswillen Eigentum erworben. Auch in diesem Falle ist eine wirksame Preisgabe erfolgt, trotzdem .die Sache nicht einen Augenblick lang besitzlos gewesen ist.

Für die Richtigkeit der gefundenen Ansicht, daß die Preisgabe Rechtsgeschäft ist, spricht auch die Verlegenheit, in die die Gegenmeinung gerät, insofern, als sie die Preisgabe des Eigentums an beweglichen Sachen und an Grundstücken in zwei grundverschiedene Akte zerreißen muß, ein Ergebnis, das auch dadurch nicht erträglicher wird, daß das Recht der unbeweglichen Sachen angeblich ein singuläres sein soll[201]).

---

[200]) RGKomm. Anm. 3 zu § 959 S. 290.
[201]) so Manigk Rg. S. 287.

§ 6. Die Anwendung der Rechtsgeschäftsnormen auf die Preisgabe.

Weil die Preisgabe des Eigentums an beweglichen Sachen eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist, finden die für solche geltenden Vorschriften unmittelbare Anwendung. Aber daraus folgt noch nicht, daß sämtliche Normen unbesehen anzuwenden sind; der Ausschluß oder die eingeschränkte Anwendung einzelner Vorschriften kann sich aus der besonderen Eigenart eines bestimmten Rechtsgeschäfts ergeben[202]). Diese Behauptung ist durchaus nicht so seltsam, wie sie auf den ersten Blick erscheinen mag, denn Bedingung, Zeitbestimmung, Vertretung, Zustimmung finden durchaus nicht auf alle Rechtsgeschäfte Anwendung, obwohl sie unter dem 3. Abschnitt des Ersten Buches des BGB „Rechtsgeschäfte" aufgeführt sind.

Der 1. Titel befaßt sich mit der Geschäftsfähigkeit. Was das BGB unter Geschäftsfähigkeit versteht, sagt es nicht ausdrücklich; indessen ergibt sich aus der Unterordnung unter die „Rechtsgeschäfte", daß damit die Rechtsgeschäfts-Fähigkeit gemeint ist[203]), d. h. die Fähigkeit, durch eigenes Handeln wirksame Rechtsgeschäfte abzuschließen. Ihr Zweck ist der Schutz der Geschäftsunfähigen vor Handlungen, deren rechtliche Tragweite sie nicht zu überblicken im Stande sind. In den Folgen geht das BGB aber weit über den Schutzzweck hinaus; Geschäftsunfähigkeit ist nicht Schutz, sondern völlige Ignorierung der Persönlichkeit. Daher ist die durch einen Geschäftsunfähigen oder geistig Gestörten (§ 105 II) erfolgte Preisgabe unwirksam.

Im Gegensatz zur Geschäftsunfähigkeit ist die Geschäftsbeschränktheit nur Schutz und weiter nichts als Schutz des Geschäftsbeschränkten. Diese können alle möglichen Willenserklärungen abgeben; das Gesetz sichert ihnen aber nur insoweit Gültigkeit zu, als sie ihnen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen. Da die Preisgabe als Rechtsfolge stets den Verlust des Eigentums nach sich zieht, ist sie ohne Zu-

[202]) Breit S. 102.
[203]) Breit S. 8.

stimmung des gesetzlichen Vertreters unwirksam. Eine weitere Einschränkung für einseitige Rechtsgeschäfte gibt § 111, der die vorherige Zustimmung (Einwilligung) verlangt; rechtspolitischer Grund für diese Vorschrift ist die Rücksichtnahme auf den Gegner[204]), „auf Handlungen von ungewisser Wirkung braucht sich niemand einzulassen. Für einseitige Erklärungen mußte dies besonders bestimmt werden, da man sich diesen sonst nicht entziehen könnte“[205]). Für S. 2 und 3 des § 111 ist dies unbestritten, da sie sich auf empfangsbedürftige Erklärungen beziehen. Dagegen paßt diese Begründung nicht durchweg auf alle einseitigen Rechtsgeschäfte des S. 1, so auch nicht auf die Preisgabe, weil ein Gegner hier nicht vorhanden ist. Daraus hat Manigk den Schluß gezogen, daß eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) genüge[206]). Die Ansicht wäre de lege ferenda zu billigen, angesichts des klaren Wortlauts des Gesetzes erscheint sie nicht annehmbar, zumal auch ein dringendes Bedürfnis dafür nicht anzuerkennen ist[207]). Jedoch darf man auch nicht wie Breit[208]) in der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter die Preisgabe selbst erblicken wollen, denn hier fehlt die Besitzaufgabe als Erklärungshandlung. §§ 108 bis 110 beziehen sich auf Verträge, sind also auf die Preisgabe unanwendbar. Anders bei § 112: ein Geschäftsbeschränkter könnte also im Rahmen seines Erwerbsgeschäftes wertlose Materialienabfälle, unverkäufliche Waren preisgeben. Anwendbar erscheint auch § 113, obwohl diese Vorschrift in Bezug auf die Preisgabe kaum praktisch werden dürfte.

Scharf zu scheiden von der Geschäftsbeschränkung ist die Verfügungsbeschränkung. Unter Verfügungen versteht man die unmittelbar auf Uebertragung, Belastung, Veränderung und Aufhebung eines Rechtes gerichteten Rechtsgeschäfte; darunter fällt also auch die Preisgabe. Das BGB hat die Verfügungsbeschränkung nicht allgemein geregelt,

---

[204]) vgl. Mot. I 133; Prot. I 62.
[205]) Siméon-David I § 25, 4 S. 192.
[206]) Manigk Rg. S. 221.
[207]) wie hier Fink S. 44, Schmidt S. 56.
[208]) Breit S. 265.

ihr Wesen ist vielmehr aus Einzelvorschriften zu entnehmen. „Die Verfügungsfähigkeit ist . . . nicht eine Eigenschaft der Person an sich, sondern eine Beziehung zu dem der Verfügung unterliegenden Rechte“[209]). Die Geschäftsbeschränkung schützt die Person, die Verfügungsbeschränkung die Sache; jene erfolgt zu Gunsten der geschäftsbeschränkten Person, diese zu Gunsten Dritter[210]); jene erstreckt sich auch auf Verpflichtungen, diese nur auf Verfügungen als dingliche Rechtsänderungen eines Gegenstandes[211]). Da der Verfügungsbegriff sich auf die Preisgabe erstreckt, ist die durch einen Verfügungsbeschränkten vorgenommene Preisgabe unwirksam, soweit nicht eine Sondervorschrift eingreift.

Der 2. Titel behandelt die Willenserklärung. Es scheiden die Vorschriften aus, die sich nur auf empfangsbedürftige Erklärungen beziehen.

Wie oben gezeigt, beruht die Vorschrift des § 116 auf einer Täuschungsabsicht. Daß der andere, der getäuscht werden soll, nicht ein Gegner im Sinn der empfangsbedürftigen Willenserklärung sein muß, ergibt sich aus S. 2. Grund dafür ist, daß man jemanden durch eine Erklärung täuschen kann, auch ohne daß diese die Rechtssphäre eines anderen unmittelbar berührt. Praktisch wird die Anwendung des § 116, S. 1 nicht werden, obwohl die Möglichkeit theoretisch gegeben ist[212]); denn wenn jemand einen anderen täuschen will, hat er nicht die Absicht, das Eigentum aufzugeben; deshalb wird er der Sache sich nur soweit entledigen, daß er sie jederzeit wiederlegen kann; m. a. W. entweder liegt nur eine scheinbare Besitzaufgabe vor, oder die Behinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt ist nur vorübergehend gemäß § 856 II, dann ist das Aufgeben des Besitzes nicht durchgeführt. § 959 verlangt eine wirkliche, nicht nur eine scheinbare Besitzaufgabe. Ist ausnahmsweise

---

[209]) Enneccerus I § 135 I S. 343.

[210]) Breit S. 18 ff.

[211]) nicht nur „Sachen“; richtig Staudinger-Riezler Anm. VIII A vor § 104 S. 416.

[212]) Planck-Flad Anm. 2 zu § 116 S. 271; Endemann I § 67 A. 7, 18 S. 316; a. A. Jacobi S. 90, aber S. 95; Fink S. 46.

doch der Tatbestand des § 116, S. 1 verwirklicht, so wird man auch S. 2 entsprechend anwenden müssen, obwohl sich dieser dem Wortlaut nach nur auf empfangsbedürftige Erklärungen bezieht. Die in S. 1 festgesetzte Wirksamkeit ist keine Strafe für die Täuschungsabsicht, sonst müßte die Erklärung auch im Falle des S. 2 wirksam sein. Es wäre unbillig, den Preisgebenden, wenn der Andere ihn durchschaut, nur deshalb schlechter zu stellen, weil die Preisgabe keine empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Aus § 116 folgt nur Wirksamkeit bezw. Unwirksamkeit, keine Verpflichtung zum Schadensersatz, doch wird bei vorhandener Täuschungsabsicht in dem Sachverhalt gleichzeitig meist der Tatbestand einer unerlaubten Handlung enthalten sein, die dem Anderen einen Anspruch auf Schadensersatz gibt.

§ 117 ist unanwendbar, da die Vorschrift für empfangsbedürftige Erklärungen gilt. Wenn Schmidt[213]) den Abs. I nicht, wohl aber Abs. II anwenden will, so ist dem entgegenzuhalten, daß der Abs. II doch den Abs. I voraussetzt. Da die Erklärungshandlung der Besitzaufgabe mehrdeutig ist, bedarf es auch nicht des Umweges über § 117 II, um den Erklärungsinhalt festzustellen.

Dagegen ist § 118 anwendbar[214]). Trotzdem er einen „Anderen" voraussetzt, beschränkt er sich nicht auf nicht empfangsbedürftige Erklärungen, wie der Wortlaut erweist. Der Grund ist derselbe wie in § 116: dort die Täuschungsabsicht, hier die Scherzabsicht setzen immer einen „Anderen" voraus, ohne daß dieser ein unmittelbares, persönliches und rechtliches Interesse als „Gegner" im Sinne der empfangsbedürftigen Erklärung in jedem Falle haben müßte. Praktisch wird wie in § 116 auch meist § 856 II eingreifen.

Auch der Anwendbarkeit von § 119 steht nichts im Wege[215]). Für den ersten Fall, daß jemand über den Inhalt

[213]) S. 60 ff.

[214]) a. A. Fink S. 46.

[215]) Jacobi S. 91; Biermann Anm. 1 d zu § 959 S. 244; Hedemann § 19 I b 3 S. 151; Prot. VI 148. a. A. Manigk WE. S. 541; Planck-Brodmann Anm. 2 zu § 959; S. 438; Schloßmann IhJ. 49, 150.

der Willenserklärung im Irrtum ist, vgl. das von Schmidt S. 61 angeführte Beispiel. Für den zweiten Fall, daß jemand eine „Erklärung dieses Inhalts" nicht abgeben wollte, bietet sich als nächstliegendes Beispiel der Fall, daß sich jemand vergreift, indem er statt eines wertlosen Blechringes einen goldenen wegwirft. Der Unterschied gegenüber dem in Abs. II angeführten dritten Falle, daß jemand den goldenen Ring wegwirft im Glauben, es sei ein wertloser, liegt darin, daß bei Erkennung des Irrtums hier die Preisgabe nicht vorgenommen worden wäre, dort aber doch.

In § 120 erscheint zunächst zweifelhaft, was unter „Uebermittlung" zu verstehen ist. Man könnte daran denken, damit sei die Herstellung der Verbindung mit einem Anderen gemeint. Eine solche Einengung liegt aber wohl nicht im Sinne des Gesetzes; man wird richtiger unter „Uebermittlung" einfach die Ueberwindung einer zeitlichen oder räumlichen Entfernung verstehen. Dann steht der Anwendung des § 120 nichts im Wege. Uebermittelt der Bote die Erklärung unrichtig, so ist Anfechtung erforderlich. Wer Anfechtungsgegner ist, richtet sich nach der tatsächlich übermittelten, nicht nach der zu übermittelnden Erklärung. Die Anfechtungsfrist beginnt dem Wortlaut des § 121 gemäß, sobald der Erklärende von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt, nicht erst mit dem Rechtserwerb durch einen Dritten. Die gegenteilige Ansicht[216]) findet keine Grundlage im Gesetz. Dasselbe gilt für § 124.

In § 123 ist die Anfechtung, da sich Abs. II nur auf empfangsbedürftige Geschäfte bezieht, unbeschränkt zulässig[217]). Die gegenteilige Ansicht von Mitteis, der Abs. II entsprechend anwenden will, ist angesichts der bestimmten Fassung der Vorschrift nicht zu halten.

Aus der Forderung der Anfechtung ergibt sich der rechtspolitische Vorteil einer baldigen Klärung der Rechts-

[216]) Jacobi S. 94.

[217]) Oertmann Anm. 3 b zu § 123 S. 426; Staudinger-Riezler Anm. IV 6 zu § 123 S. 511; Planck-Flad Anm. III zu § 123 S. 305.

verhältnisse. Nach der Gegenmeinung könnte der Preisgebende noch nach 30 Jahren vindizieren, sofern die Sache inzwischen nicht ersessen worden ist. Da die Anfechtungsfrist mit der Entdeckung des Irrtums bezw. Aufhören der Zwangslage beginnt, ist dies theoretisch auch nach der hier vertretenen Auffassung möglich, indessen wird dies praktisch selten vorkommen, da der Irrtum bezw. die Zwangslage selten jahrelang anhalten werden.

Wenn die Anfechtungsmöglichkeit ausgeschlossen ist, kann die einmal wirksam erfolgte Preisgebung nicht mehr widerrufen werden[218]); sondern der Preisgebende hat nur die Möglichkeit, durch Aneignung das Eigentum originär zu erwerben.

§ 125 ist anwendbar. Auch wenn man die Besitzaufgabe nicht als Form der Erklärung im Sinne des § 125 auffassen will, ergibt sich ihre bedingungslose Notwendigkeit aus den Ausführungen in § 5.

Bei § 133 ist zu beachten, daß er das Vorhandensein einer „Willenserklärung" voraussetzt. Die Besitzaufgabe allein ist eine solche noch nicht, sondern erst bei hinzutretendem Geschäftswillen. Demgegenüber darf man sich nicht auf den Satz berufen, daß der innere Wille, der in der Erklärung keinen Ausdruck gefunden hat, keine Rechtswirkung äußern könne. Der Verzichtswille hat sich in der Besitzaufgabe geäußert; wenn die Aeußerung auch mehrdeutig ist, so reicht das, wie schon gesagt, für die nichtempfangsbedürftige Erklärung aus.

Ein gesetzliches Verbot der Preisgabe kennt das heutige Recht nicht, § 134; dagegen ist §§ 135 bis 137 anwendbar, weil die Preisgabe unter den Begriff der Verfügung fällt.

Ein Sachverhalt, der unter § 138 fällt, ist z. B. als sittenwidrige Preisgabe von Kultgegenständen denkbar; da die Kirchengemeinschaften juristische Personen sind, wird die Preisgabe meist schon wegen Ueberschreitung der Vertretungsmacht unwirksam sein.

---

[218]) Fink S. 47; Planck-Flad Anm. VI vor § 104 S. 230; a. A. Enneccerus I § 190 Anm. 17 S. 520.

§§ 140—144 sind anwendbar; insbesondere interessiert in § 143 III die Frage, wem gegenüber die Anfechtung vorzunehmen ist. Die preisgegebene Sache kann zur Zeit der Anfechtung noch herrenlos sein, oder sie ist von einem Dritten inzwischen okkupiert. Die Frage ist bestritten, weil nur derjenige Anfechtungsgegner ist, der unmittelbar auf Grund der angefochtenen Rechtsgeschäfte einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Der Aneignende erwirbt aber, wenn man die Vorschrift buchstäblich auffaßt, nicht umittelbar durch die Preisgabe, sondern durch seine Aneignungshandlung. Diese wörtliche Auslegung würde aber die vom Gesetz grundsätzlich zugelassene Anfechtung für die Preisgabe unmöglich machen, nicht nur auf ein Minimum herabdrücken, wie Oertmann[219]) meint. Im Sinne des Gesetzes wird man also unter „Unmittelbar" jeden Erwerb verstehen müssen, den man nicht als Rechtsnachfolger eines Dritten erlangt[220]). Der rechtliche Vorteil liegt in dem Eigentumserwerb durch die Aneignung, nicht schon in der durch die Preisgabe für jeden bestehenden Aneignungsmöglichkeit[221]). Kennt der Preisgebende den Aneignenden nicht, so ist die Anfechtung nach § 132 II vorzunehmen. Zu weit geht dagegen Oertmann, wenn er § 132 II auch dann analog anwenden will, wenn sich noch niemand die Sache angeeignet hat[222]); denn auch bei analoger Anwendung muß ein, wenn auch unbekannter Zustellungsempfänger vorhanden sein, an dem es in diesem Falle fehlt[223]). Zudem widerspricht sich Oertmann selbst, indem er hier auf die Erwerbsmöglichkeit abstellt, die

---

[219]) Oertmann Anm. 3 c zu § 143 S. 523.

[220]) Oertmann a. a. O. Planck-Flad Anm. 4 c zu § 143 S. 380; Soergel Anm. II c zu § 143 S. 159; Enneccerus I § 190 Anm. 17 S. 520; Jacobi S. 74; a. A. Staudinger-Riezler Anm. 6 c zu § 143 S. 600, der aber die h. M. aus Zweckmäßigkeitsgründen gelten läßt.

[221]) so Kluckhohn ArchZivPr. 113, 42; dagegen treffend Oertmann a. a. O. vermittelnd RGKomm. Anm. 4 zu § 143 S. 241.

[222]) Anm. 3 c zu § 143 S. 523; ebenso Planck-Flad Anm. 4 c zu § 143 S. 380.

[223]) Staudinger-Riezler Anm. 6 c zu § 143 S. 600.

er kurz vorher gegenüber Kluckhohn verworfen hat. Die Frist der §§ 121, 124 wird hierdurch nicht berührt. Es kann also der Fall vorkommen, daß die Anfechtung vor der Aneignung erfolgt. Die Wirksamkeit der Anfechtung tritt dann mit dem Zeitpunkte der Aneignung ein. Man wird eine solche antizipierte Anfechtung für zulässig halten müssen; sie gehört in die Kategorie der sich sukzessive verwirklichenden Rechtsgeschäfte[224]).

Die Anwendung der Normen des 4. Titels über Bedingung und Zeitbestimmung ist bei einigen Rechtsgeschäften ausgeschlossen, entweder weil das Gesetz es ausdrücklich vorschreibt oder aus Gründen, die sich aus dem Zweck des Gesetzes ergeben, z. B. bei Vorhandensein eines öffentlichen Interesses, oder weil sie der ethischen Natur des Rechtsgeschäfts widersprechen würde (Ehe) oder um das rechtliche Interesse eines Anderen nicht zu verletzen. Diese Gründe treffen aber für die Preisgabe nicht zu; insbesondere kann der Aneignende zwar ein erhebliches sachliches Interesse an der Bestimmtheit und Unbedingtheit der Preisgabe haben; das rechtliche Interesse fehlt aber. Er befindet sich in derselben Lage wie jemand, der einer besitzlosen Sache gegenüberstehet und nicht weiß, ob sie herrenlos ist oder nicht. Die Vermutung des § 1006 gilt für den Besitz, aber nicht umgekehrt für die Besitzlosigkeit. Man wird daher die §§ 158 und 163 für anwendbar erachten müssen[225]). Da die Besitzaufgabe ihrer Natur nach nicht bedingt oder zeitbestimmt sein kann (außer im Falle des § 868), muß zu ihr eine besondere Erklärung hinzutreten, aus der sich die Bedingung oder Zeitbestimmung ergibt. Nicht anwendbar sind §§ 159, 160, 126, da hier eine unmittelbar betroffene fremde Rechtssphäre geschützt werden soll. Zweifelhaft erscheint die Anwendbarkeit des § 161. Die Preisgabe als Verfügung würde unter den Wortlaut des § 161 fallen; trotzdem er-

---

[224]) vgl. v. Tuhr III § 50 III S. 152 f.

[225]) Fink S. 50; Manigk Rg. S. 289; Bruck S. 176; a. A. Staudinger-Kober Anm. 3 a zu § 959 S. 541; Planck-Brodmann Anm. 4 zu § 959 S. 439.

scheint seine Anwendung als ganz und gar gegen den Sinn des Gesetzes verstoßend. Die Vorschrift will die Anwartschaftsrechte, die ein Anderer während schwebender Bedingung erworben hat, mit dinglicher Wirkung schützen. Die Notwendigkeit der Einfügung des § 161 ergibt sich aus § 158, nach der die dingliche Wirkung erst mit Eintritt der Bedingung beginnt. Wäre § 161 nicht vorhanden, so wäre die 2. unbedingte Verfügung wirksam, nicht aber die erste bedingte. Hier hat der Andere ein rechtliches Interesse, das durch § 161 geschützt werden soll. Nun ist aber bei der Preisgabe ein Gegner nicht vorhanden; so erscheint es sinnlos, Rechte eines gar nicht vorhandenen Gegners zu schützen. Wird also unter einer aufschiebenden Bedingung preisgegeben, vor Eintritt der Bedingung aber anderweitig verfügt (möglich z. B. beim Schiffspfandrecht, das keinen Besitz voraussetzt), so ist die zweite Verfügung wirksam. Das für die aufschiebende Bedingung Gesagte gilt entsprechend auch für die auflösende Bedingung und die Zeitbestimmung.

Die Vorschriften über die Stellvertretung und Vollmacht können an sich Anwendung finden[226]); doch ist dabei zu beachten, daß für die Stellvertretung im Besitz die besonderen Vorschriften der §§ 854 ff. gelten. Will also jemand als Vertreter die Sache eines anderen preisgeben, so müssen gleichzeitig die Vorschriften über die Stellvertretung im Besitz und die über die Vertretung der §§ 164 ff. verwirklicht sein. In der Regel wird § 868 gegeben sein, auf den die Vorschriften § 164 ff. unmittelbar Anwendung finden, weil der mittelbare Besitz sich an ein Rechtsverhältnis anknüpft. Rümelin[227]) will §§ 164 ff. ausschließen und statt dessen § 185 anwenden, weil kein Interesse daran bestehe, zu wissen, wessen Eigentum aufgegeben sei; indessen ist dies doch kein Grund, erstere Vorschriften auszuschalten, es liegt eben ein Fall der alternativen Gesetzeskonkurrenz vor. Da bei der Preisgabe eine gegnerisches schutzwürdiges Interesse nicht vorhanden ist, ist für die Anwendung des § 164 II, III

[226]) Schmidt S. 67; Hedemann § 15 I b 3 S. 151.
[227]) ArchZivPr. 93, 190.

kein Raum[228]), ebensowenig wie eine indirekte Stellvertretung denkbar ist. Anwendung finden §§ 165 bis 196. Bezüglich des § 166 II bestreitet Fink dessen Anwendbarkeit, „da die Kenntnis oder Unkenntnis von Umständen bei der Dereliktion nicht in Frage kommt“[229]), wohl mit Unrecht. Wenn z. B. der Bevollmächtigte einen goldenen Ring in Unkenntnis dieser Eigenschaft preisgibt, aber auf bestimmte Weisung des Vollmachtgebers hin, der diesen Umstand kannte, gehandelt hat, wird man nicht daran zweifeln dürfen, daß eine Anfechtung nicht mehr zulässig ist. Das wäre in diesem Falle aber die Folge, wenn man § 166 II ausschließt. Die §§ 170 bis 174; 177 bis 179; 180 S. 2, 3; 181 können keine Anwendung finden, da sie sich auf empfangsbedürftige Erklärungen beziehen. § 180 S. 1 wird durch § 185 II als lex specialis ausgeschlossen.

§§ 182—184 beziehen sich nicht nur, wie aus § 182 I hervorzugehen scheint, auf Verträge und empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, sondern auch auf nicht empfangsbedürftige[230]). Ihre isolierte Anwendung auf die Preisgabe erscheint indessen nicht denkbar, sondern nur in Verbindung mit anderen Vorschriften, z. B. §§ 107 ff., 1375 ff. Unmittelbare Anwendung findet dagegen § 185.

Dingliche Rechte Dritter erlöschen durch die Preisgabe nicht, obligatorische wandeln sich in Schadensersatzansprüche um.

---

[228]) Schmidt S. 68.

[229]) Fink S. 52.

[230]) Oertmann Anm. 2a zu § 182 S. 671; RGKomm. Anm. 1 zu § 182 S. 671; a. A. Warneyer Anm. I zu § 182 S. 333; Planck-Flad Anm. 2 vor § 182 S. 485; Staudinger-Riezler Anm. 4 zu § 182 S. 743.